

De la condition juridique de l'enfant naturel simple en Droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 13 Novembre 1929, à 2 heures

PAR

José CARCIENTE

JURY

Président de Thèse : M. Henry LÉVY-ULLMANN, Professeur.

Suffragants : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur.

M. A. ROUAST, Professeur

Imprimerie

LES PRESSES MODERNES

45, Rue de Maubeuge, PARIS

1929

De la condition juridique de l'enfant naturel simple en Droit comparé

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences Juridiques)

Présentée et soutenue le 13 Novembre 1929, à 2 heures

PAR

José CARCIENTE

JURY ·

Président de Thèse : M. Henry LÉVY-ULLMANN, Professeur.

Suffragants : M. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, Professeur.

M. A. ROUAST, Professeur

Imprimerie

LES PRESSES MODERNES
45, Rue de Maubeuge, PARIS
PARIS

—
1929

*La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être consi-
dérées comme propres à leurs auteurs*



A LA MÉMOIRE DE MA SAINTE MÈRE
HACHY BENACERRAF DE CARCIENTE
ET DE MON FRÈRE LÉON CARCIENTE

ABRÉVIATIONS

Alcubilla Dicc. — Alcubilla Diccionario de la Administracion española.

B. G. B. — Burgéliches Gesetz Buch.

C. C. All. et C. C. A. — Code civil allemand.

C. C. B. — Code Civil Brésilien.

C. C. Esp. — Code Civil Espagnol.

C. c. Fr. et C. C. F. — Code civil français.

C. C. It. — Code civil italien.

C. C. Mex. — Code civil du Mexique.

C. C. per. — Code civil du Pérou.

C. C. Por. et C. C. P. — Code civil portugais.

C. C. S. — Code civil suisse.

D. H. — Dalloz hebdomadaire.

D. P. — Dalloz périodique.

D. 84-1-34. — Dalloz, année 84, 1^{re} partie, page 34.

Gaz. Pal. — Gazette du Palais.

J. off. Deb. parl. — Journal officiel. Débat parlementaire.

R. O. — Real Orden.

Rev. Gen. Leg. J. Jurisp. — Revista General de Legislacion J. Jurisprudencia.

S. 09-2-150. — Sirey, année 1909, deuxième partie, page 150.

Avant-Propos

Plusieurs raisons me déterminèrent à prendre ce sujet déjà bien médité par les législateurs, les philosophes et les juristes.

Ce fut d'abord l'accroissement progressif du nombre des enfants naturels (1) qui présente pour la société un problème de la plus grande importance et que le législateur doit mettre au premier rang de ses préoccupations.

Ce fut aussi l'idée que le Code civil français est encore trop sévère, malgré les réformes introduites récemment en faveur de l'enfant naturel. Cette sévérité frappe lors-

(1) Enfants nés vivants en France :

Années	Légitimes mille	Illégitimes mille	Naiss. illég. par 100 naiss. légitim.	Années	Légitimes mille	Illégitimes mille	Naiss. illég. par 100 naiss. légitim.
1800 —	862	42	4,87	1870 —	873	70	8,02
1810 —	880	52	5,90	1880 —	852	68	7,98
1820 —	894	66	7,38	1890 —	767	71	9,25
1830 —	899	69	7,67	1900 —	754	73	9,68
1840 —	881	71	8,05	1910 —	707	67	9,61
1850 —	884	70	7,91	1920 —	750	82	10,93
1860 —	888	69	7,76				

Voir Annuaire statistique de la France de 1919-1920, p. 11, et de 1927, p. 22.

Enfants nés vivants en Espagne :

Années	Légitimes	Illégitimes	Naiss. illég. par 100 naiss. légit.	Années	Légitimes	Illégitimes	Naiss. illég. par 100 naiss. légit.
1915 —	599 078	32 384	5,40	1921 —	609 979	38 913	6 33
1916 —	566 963	32 048	5 63	1922 —	617 868	38 225	6 03
1917 —	569 024	33 115	5 82	1923 —	623 541	39 035	6 11
1918 —	578 488	34 149	5 90	1924 —	613 772	39 088	7 22
1919 —	548 977	36 986	6 73	1925 —	606 445	38 248	6 16
1920 —	584 826	38 513	6 58	1926 —	623 916	39 231	6 15

Voir Anuario Estadístico de España, año XI, 1924-1925, p. 28, et año XII, 1925-1926, p. 35

qu'on compare la législation française avec les législations modernes.

Enfin, je fus poussé par le désir de faire connaître la législation vénézuélienne.

Dans cette étude, nous allons tâcher de faire une comparaison des principales législations. Mais avant d'aborder l'étude de leurs institutions particulières, nous avons cru utile d'exposer, dans ses grandes lignes, la condition de l'enfant naturel en droit romain et en droit canonique. Car ces deux législations ont eu une grande influence sur toutes les autres.

Nous n'aborderons pas l'étude historique de la législation des enfants naturels dans chaque pays, cela surchargerait trop notre exposé. Nous tâcherons de faire ressortir le mieux possible les différences existant actuellement entre les diverses législations. Aussi, nous ne traiterons pas chaque législation à part ; notre but primordial est qu'on puisse saisir promptement et sans effort ces différences sur chaque point particulier et se prononcer ensuite en faveur de l'une des solutions admises.

Nous n'étudierons pas la légitimation ; nous croyons qu'elle ne rentre pas dans notre sujet.

INTRODUCTION

HISTORIQUE

L'Enfant naturel en Droit romain (1)

Les jurisconsultes Romains considéraient trois classes d'enfants nés hors mariage :

1° Les enfants nés d'une concubine. Le concubinage était une union irrégulière, mais tolérée, qui se rapprochait assez du mariage par sa stabilité ;

2° Les enfants nés d'une union prohibée par les lois (*ex damnato coïtu*) comme ceux qui étaient issus d'un adultère ou d'un inceste (*adulterini, incestuosi*) ;

3° Les enfants nés d'une femme de basse condition et d'une liaison passagère (*spurii vulgo quoeseti*).

Nous étudierons les enfants illégitimes dans la Société et dans la famille.

Condition de l'Enfant naturel dans la Société

Avant d'entrer dans l'étude de l'enfant naturel dans la famille, qui exige la distinction de deux périodes, nous commencerons par exposer sa condition dans la Société.

(2) Bibliographie Paul Gide. *De la condition de l'enfant naturel en droit romain*. Loiseau, *Traité des enfants naturels*, Paris 1819. D'Aguesseau, *Dissertation sur les bâtards, œuvres* (tome VII), Paris, 1772, p. 381 et s. Kœniswater, *Essai sur la législation des peuples anciens et modernes relatives aux enfants nés hors mariage*, Paris, 1843. Mignonac, *Des enfants nés hors mariage dans l'ancien droit et en droit Romain*, thèse, Paris, 1875. Coche J., *Condition de l'enfant né hors mariage* (droit romain), thèse, Paris, 1892.

Nous procéderons ainsi en raison de la simplicité et de la stabilité de cette condition qui fût la même de l'origine du droit Romain jusqu'à Justinien.

Jamais à Rome la qualité de bâtard n'a été une cause d'infériorité sociale. Les enfants naturels jouissaient du droit de cité, mais bien entendu à la condition de naître libres et citoyens romains. Ils pouvaient arriver aux fonctions publiques les plus élevées et aux plus hautes dignités. De nombreux exemples l'attestent, mais il suffit de rappeler que l'Empereur Constantin était fils d'une concubine.

En somme, les enfants naturels étaient assimilés aux enfants légitimes à l'égard de la Société. Néanmoins, le Chancelier d'Aguesseau (3) fait remarquer qu'au cas où plusieurs personnes prétendaient à une fonction publique, on donnait la préférence aux légitimes.

L'Enfant naturel dans la Famille

Division : Cette étude comprend deux périodes, dont la première va de l'origine de Rome à Constantin et la seconde de Constantin à Justinien inclusivement. Dans chaque époque, nous considérerons la condition de l'enfant à l'égard du père et à l'égard de la mère.

A. — PREMIÈRE PÉRIODE OU PÉRIODE DE L'ÉGALITÉ

Elle est caractérisée par le silence absolu de la loi sur les enfants illégitimes. Le nom d'enfant naturel était resté étranger à la langue juridique. Nul part on ne

(3) Voir d'Aguesseau, œuvres t. VII, *Dissertation sur les bâtards*, p. 385.

trouve une réglementation des bâtards ; l'on peut en conclure que le droit commun leur était applicable.

Condition de l'enfant naturel à l'égard du père. —
L'enfant né hors mariage était un étranger pour le père. Aucun lien juridique ne les unissaient. L'obligation d'aliments elle-même, n'existait pas. Cette situation fâcheuse pour le bâtard était en accord avec la constitution de la famille romaine, qui ne reposait pas sur les liens de parenté et d'alliance. A Rome, la famille est formée de tous les éléments qui appartiennent au pater familias : les personnes et les biens. Son étendue dépend de la volonté du chef. C'est lui qui la compose à son gré. Il peut, sans restrictions, désavouer ses enfants légitimes, les écarter de la famille en les dépouillant de tous leurs droits ; il a le pouvoir absolu, personne ne peut s'y opposer.

De même il a le droit de faire entrer dans sa famille des étrangers, parmi lesquels, comme nous venons de le dire, figurent les bâtards. Ces intrus peuvent être placés dans les mêmes conditions que les enfants légitimes. C'est ainsi qu'un enfant naturel est susceptible d'être désigné par le pater familias pour être son continuateur, son héritier universel, pour entretenir le culte, pour devenir tuteur de la veuve et des autres enfants. Mais ces prérogatives, accessibles en droit à l'enfant naturel, le sont beaucoup moins en fait, car il est bien rare que le père lui accorde de telles faveurs.

De cet exposé, on peut déduire, du point de vue juridique, que l'enfant naturel était placé dans les mêmes conditions que l'enfant légitime. Il n'était pas protégé,

mais l'enfant légitime ne l'était pas davantage, car le *pater familias* pouvait l'écarter de la famille et sans qu'il ait même le droit d'exiger des aliments. Ce fût vers la fin de cette période qu'Ulpien établit l'obligation alimentaire au profit des enfants légitimes. Il la proclama dans cette phrase : « Le père doit des aliments à sa fille, si elle est légitime. » (*Si constiterit apud judicem juste eam procreatam.*) (4).

Au contraire, le bâtard, quoique oublié par la loi, pouvait être admis à jouir de tous les droits d'enfant légitime, sans aucune restriction.

Cette situation était le résultat de l'absolutisme de la puissance paternelle qui, éclipsant le mariage, était le principal et même le seul fondement de la famille.

Recherche de la paternité. — La recherche de la paternité était admise, même pour les enfants adultérins et incestueux, cela se comprend aisément, car la paternité ne produisait aucun effet. Elle n'était qu'un fait. Elle n'apportait à l'enfant aucun droit, pas même celui d'aliments.

Plusieurs textes nous montrent d'une façon très nette cette absence d'obligation alimentaire. Ulpien nous apprend que la mère était obligée de nourrir ses enfants, surtout lorsqu'ils n'étaient pas légitimes (5). Cette obligation, plus rigoureuse, lorsque la mère se trouvait en face d'enfants naturels, s'explique par le fait que le père n'était pas obligé de les nourrir. Ulpien nous dit : « Le père doit des aliments à sa fille si elle est légitime (6). On

(4) Loi 5, § 6, Dig. XXV, 3.

(5) Loi 1.5. § 4, Dig. XXV, 3.

(6) Loi 5, § 6, Dig. XXV.

en déduit à *contrario* que le père ne doit rien à ses enfants naturels.

La paternité pouvait être constatée judiciairement et légalement, par exemple : Un maître peut affranchir son esclave s'il prouve qu'il est son fils naturel ou son frère naturel (7).

Condition de l'enfant naturel à l'égard de la mère. — Tous les enfants étaient unis à la mère par un même lien : le sang. Tous étaient des cognats à son égard. Il n'y avait pas de distinction entre les enfants naturels et légitimes, car l'origine de la conception n'était pas prise en considération. Tous les enfants, même légitimes, étaient considérés comme naturels, à l'égard de la mère. On peut dire que la maternité légitime n'existait pas.

Et c'est encore dans la constitution de la famille que nous trouvons l'explication de cette situation. La mère ne pouvait faire entrer ses enfants dans la *familia* si le père s'y opposait. C'était lui, comme nous l'avons dit plus haut, qui formait sa famille à son gré. Ainsi la mère n'avait aucun lien légal avec ses enfants ; elle avait un lien naturel, le sang.

B. — DEUXIÈME PÉRIODE OU PÉRIODE DE L'INÉGALITÉ

Voici le moment où le silence de la loi prend fin. Les restrictions défavorables aux enfants naturels et surtout aux *spurii* vont apparaître. C'est la période de l'inégalité, pourrait-on dire. On est vraiment étonné de constater que ce fût sous le règne d'un bâtard que la situation de l'enfant naturel empira. Mais il faut songer que Constan-

(7) Gaius 1, 19, D. De man vind, 40, 2, L. 21, pr. de captiv., 49, 15 (Sub. Titulo naturalis filii manumitere).

tin devint chrétien. A cette époque, l'influence du christianisme se faisait sentir, réagissant contre les unions libres. Le mariage fut protégé par tous les moyens ; les unions irrégulières prohibées et punies.

On peut deviner qui fut la victime de cette réaction : ici l'idée qui fût toujours dominante depuis : à savoir qu'en frappant l'enfant considéré comme la plus chère affection du père, on obtient le meilleur résultat.

Condition de l'enfant naturel à l'égard du père. — On commença par interdire au père de faire des donations à ses enfants nés hors mariage ou à sa concubine. De telles donations ne produisirent plus aucun effet. Toute concession de droits au profit des enfants naturels fût interdite. Les Empereurs Valen, Valentinien et Gratien, établirent une distinction entre les enfants nés du concubinage et les autres enfants nés hors mariage. Ceux-ci restèrent sous le régime rigoureux auquel Constantin les avait soumis, tandis que les premiers virent leur situation améliorée. Ces Empereurs introduisirent la possibilité pour le père de disposer au profit de la concubine et de ses enfants, dans une limite qui variait suivant qu'il laissait ou non des parents légitimes, et suivant la qualité de ceux-ci. Si le défunt laissait des *liberi justî*, des *petits enfants ex filio*, son père ou sa mère, la quotité disponible au profit de la concubine et de ses enfants était le douzième de son patrimoine et, dans ce cas, il ne pouvait faire de libéralités au profit de sa concubine seule que jusqu'à concurrence de la vingt-quatrième partie de son patrimoine.

S'il n'existait aucun des héritiers ci-dessus désignés (*liberi justî, petits enfants ex filio*), le père pouvait disposer du quart de ses biens en faveur de sa concubine et de ses enfants.

Justinien se préoccupa davantage de la situation de l'enfant né hors mariage. Il réglementa sa condition tout en gardant le respect de la famille et en employant tous les moyens possibles pour éviter les unions irrégulières. Il distingua aussi deux sortes d'enfants naturels : les enfants nés du concubinage et les *spurii* qui doivent leur naissance à un *stuprum*. Il favorisa les premiers et les *spurii* furent traités avec plus de rigueur.

En principe, l'incapacité de recevoir des *liberi naturales* fût maintenue, mais Justinien se montra moins sévère. Il porte la quotité disponible au profit de la concubine et de ses enfants du quart à la moitié, lorsque le de cujus ne laissait ni père ni mère ni descendants légitimes. S'il ne laissait ni enfants légitimes ni ascendants, le père pouvait léguer tous ses biens à ses *liberi naturales*. S'il laissait seulement des ascendants réservataires, le père pouvait léguer à ses enfants naturels tous ses biens, déduction faite de la légitime de ses ascendants (8). S'il y avait des enfants légitimes, les *liberi naturales* et la concubine pouvaient recueillir par testament le douzième de la succession.

Justinien ne s'arrêta pas là. Il ne reconnut pas les *liberi naturales* comme réservataires, mais leur accorda une vocation héréditaire du sixième de l'actif net qui

(8) Nov. 89, Chap. 12, § 4.

leur était jusqu'alors refusée lorsque le père ne laissait ni épouse ni enfants légitimes (9). Si la concubine était vivante, elle prenait avec ses *liberi naturales* une part virile sur ce sixième (10). Le surplus était dévolu aux parents légitimes et, à leur défaut, au fisc. Si le père laissait des enfants légitimes ou une femme légitime, les enfants naturels n'avaient droit qu'aux aliments (11).

Puissance paternelle. — Nous avons vu que l'enfant naturel était un étranger pour le père. Par conséquent il était *sui juris*, mais il était intimement attaché à la condition de la mère, qui d'ailleurs, n'avait jamais la puissance paternelle.

Sous les empereurs chrétiens, le père pouvait acquérir la puissance paternelle sur ses enfants nés du concubinat par le moyen de la légitimation et, dans certains cas, il l'obtenait sans légitimation :

1° Quand l'Empereur conférait le droit de cité à un pérégrin et à ses enfants ;

2° Quand un latin Junior jouissait du bénéfice de la *causae probatio* ;

3° Enfin en cas d'*erronis causae probatio* (12).

Obligation alimentaire. — Nous avons vu que le père naturel était exempt de cette obligation. Bientôt on vit se commettre de véritables injustices. Les bords du Tibre étaient pleins de nouveaux-nés abandonnés (13). L'obligation alimentaire dut être établie. Le père et les parents

(9) *Ibid.*

(10) D'Aguesseau, tome VII, op. cit., page 389.

(11) D'Aguesseau, op. cit., t. VII, page 390.

(12) Voir Petit, *Traité du droit Romain*, page 115.

(13) L. 4, De agn et al Lib. 25,3.

les plus éloignés furent tenus de fournir à l'enfant dans le besoin tout ce qui est nécessaire à la vie matérielle : la nourriture, l'habitation, les vêtements, etc., etc... Ils durent même lui donner une éducation en rapport avec son rang social. Cette obligation entraîna la même charge pour les enfants envers leurs parents nécessiteux.

Sous Justinien, les nouvelles consacrerent l'obligation pour le père de fournir des aliments à ses enfants naturels dans le besoin et même étendirent cette obligation aux enfants légitimes à l'égard de leurs frères et sœurs naturels.

Les grands parents étaient aussi astreints soit envers l'enfant légitime de leur enfant naturel, soit envers l'enfant naturel de leur enfant légitime (14).

La tutelle. — Comme nous venons de le dire, l'enfant naturel était *sui juris*, et, à défaut de puissance paternelle, il fallait lui nommer un tuteur pendant toute sa minorité. D'abord ce fût le magistrat qui se chargea de désigner le tuteur dans la personne du père naturel lorsqu'il était connu. Mais bientôt cette règle, qui reposait sur la *patria potestas*, fut modifiée. On voulut obtenir un choix plus judicieux du tuteur en s'inspirant de l'affection plutôt que de l'autorité. Avec cette nouvelle conception, le père put nommer par testament un tuteur à son enfant naturel, pourvu qu'il laissât quelque chose à l'enfant comme preuve d'affection. Le magistrat devait confirmer la nomination du tuteur faite par testament.

(14) Voët Ad. Pandectas, lib. 25, tit. 3, n° 7.

Condition de l'enfant naturel à l'égard de la mère. —

A l'égard de la mère, tous les enfants étaient égaux, cette règle ne souffrait que deux exceptions :

1° Constantin punit de mort la femme qui entretenait des relations avec son esclave et déclara que les enfants issus de ces relations ne pourraient acquérir la portion la plus minime du patrimoine de leur mère (15) ;

2° Les Empereurs Arcadius et Honorius exclurent de la succession de leur mère les enfants incestueux ou qui seraient le fruit d'une union prohibée par la loi et leur refusèrent aussi tout droit de recevoir par donation entre vifs ou testamentaire de la mère (16).

Sous Justinien, il y eut certaines innovations favorables à l'enfant naturel, conséquence des idées sur la famille introduites par le *jus civile*. Dès lors, la famille va reposer, et d'une manière définitive, sur la communauté de sang. C'est la famille cognatique qui va absorber la famille agnatique. Donc l'enfant naturel va se trouver, à l'égard de la mère, dans les mêmes conditions que les enfants issus *ex justis nuptiis*, pourvu que la conception ne soit pas criminelle.

Quant à la succession de la mère, il faut faire une distinction, selon que celle-ci est ou non femme illustre.

1° *Femme illustre*. — L'enfant naturel était appelé à recueillir une part des biens de sa mère, même dans le cas où elle laissait des enfants légitimes (17).

La femme illustre ne pouvait rien transmettre à ses enfants *spuriis*, pas même des aliments.

(15) I, 1, CIX, 11.

(16) Ex incesti vetestive nuptiis, 1, 6. C. V. 5.

(17) Vinnius. Instit. Lib. 3, tit. 4, § 3.

2° *Concubine non illustre*. — Les enfants naturels de cette femme lui succédaient et concouraient même avec ses enfants légitimes (18).

Obligation alimentaire. — La mère était toujours tenue de l'obligation alimentaire envers ses enfants naturels, mais s'il s'agissait de *spurii*, l'obligation n'existait plus (19).

La tutelle. — La mère ne pouvait être tutrice de ses enfants puisqu'elle était frappée de l'incapacité de remplir tous les *munera publica*, dont la tutelle faisait partie. Néanmoins, l'Empereur pouvait lever cette incapacité et donner la tutelle à la mère.

Enfin, la raison qui conduisit à admettre la nomination d'un tuteur par le père dans son testament fit reconnaître le même droit pour la mère, dans les mêmes conditions.

L'Enfant naturel en Droit canonique (20)

Avec plus de rigueur que toute autre législation, le droit canonique ne reconnut comme seule union légitime que le *mariage monogamique*. Il posa la conception de la famille, plutôt que sur les liens du sang, dans le mariage. Aussi, l'enfant naturel fut traité avec plus de sévérité que dans les législations qui se montrèrent moins exigeantes quant à l'union *matrimoniale et monogamique*, car ce fut avec l'apparition de la monogamie que la condition d'enfant naturel lui devint défavorable.

(18) L. 2. Unde Cognati.

(19) D'Aguesseau, tome VII, op. cit., page 392.

(20) D'Aguesseau, op. cit. Loiseau, op. cit.

Pour l'Eglise, tout enfant né hors du mariage est illégitime. Cet enfant doit subir un châtement puisqu'il vient au monde avec une tache originelle (*Macula batardiae*). Ainsi, l'enfant naturel se trouva complètement dépouillé, il ne lui resta que le droit d'aliment qu'on ne pouvait lui ôter sans le condamner à mort et que l'on dut accorder aussi aux enfants adultérins et incestueux.

Les bâtards furent exclus de la succession de leur père et, selon le Chancelier d'Aguesseau, ils furent aussi écartés de la succession de leur mère (21).

Ils n'étaient pas soumis à la puissance paternelle, car ils étaient considérés comme des étrangers, même à l'égard de la famille de leur mère.

Cette triste situation de l'enfant naturel était adoptée comme moyen d'inciter les parents à le légitimer. Il suffit pour se rendre compte de cette tendance, d'examiner sommairement les facilités que le droit canonique donnait pour la légitimation. Par tous les moyens possibles on cherche à changer l'état d'enfant naturel en celui d'enfant légitime. Plusieurs dispositions l'attestent, entre autres, celle qui considère comme légitimes les enfants nés du mariage de deux infidèles avant leur conversion, quoiqu'ils soient parents à un degré prohibé. La qualité d'enfant légitime est aussi accordée à l'enfant né d'une union illicite ou même criminelle pourvu que le père ou la mère ait ignoré alors le caractère de cette union.

La recherche de la paternité et de la maternité était admise par tous les moyens de preuve, car son résultat

(21) D'Aguesseau, t. VII, *Dissertation sur les Bâtards*, page 401.

était illusoire puisque l'enfant, comme nous venons de le voir, n'avait aucun droit à l'égard de ses parents.

Définition de l'Enfant naturel

Il est aisé de définir l'enfant naturel selon le sens juridique commun : *c'est l'enfant conçu hors mariage*. Mais si nous voulons donner une définition qui soit d'accord avec tous les textes du droit positif sur la matière, la difficulté apparaît.

Parmi les codes que nous étudions, les uns donnent cette définition d'une manière directe. Par exemple, le Code civil espagnol, art. 119. Les autres la donnent implicitement en déterminant l'état d'enfant légitime. Par exemple, le Code civil français, art. 312, le Code civil vénézuélien, art. 212, et le Code civil suisse, art. 252.

L'analyse de ces définitions juridiques va nous montrer qu'ils ne font pas appel au même principe pour déterminer le genre de filiation.

Certains prennent surtout en considération le moment de la conception. Nous dirons qu'ils adoptent le *système conceptif*; d'autres s'attachent surtout au moment de la naissance, nous dirons qu'ils adoptent le *système concepto-natif*; un autre, enfin, tient compte des circonstances qui ont entouré la conception; nous dirons qu'il adopte le *système de l'imputation de la conception*.

1° *Système conceptif*. — Les codes qui ont adopté ce système tiennent compte, avons-nous dit, d'une façon plus ou moins rigoureuse, du moment de la conception, pour déterminer si l'enfant est légitime ou naturel.

Le Code civil du Brésil de 1916 est, parmi ceux que

nous allons étudier, celui qui se rapproche le plus du système conceptif. Son article 337 considère comme légitimes « les enfants conçus pendant la durée du mariage, fût-il annulé (art. 217) ou même nul, s'il a été contracté de bonne foi (art. 221) ». A *sensu contrario*, l'enfant est naturel, s'il est issu du commerce de deux personnes qui n'étaient ni valablement mariées à l'époque de sa conception, ni même unies par un mariage plus tard annulé ou par un mariage putatif (1).

Cette définition de l'enfant naturel, que nous tirons ainsi de l'art. 337, s'applique bien à l'enfant né trois cents jours après la dissolution de la société conjugale par décès, séparation ou annulation (art. 338). La loi brésilienne le considère comme illégitime, mais elle s'écarte du système conceptif en reconnaissant comme légitime l'enfant conçu hors mariage, et né avant le 180^e jour qui suit la célébration du mariage (art. 339). Nous partageons l'avis de MM. Planiol et Ripert, qui considèrent que cet enfant est légitimé (2).

C'est ensuite le Code civil français et le Code civil vénézuélien, qui se rapprochent le plus du système conceptif. L'enfant est légitime s'il est conçu pendant le mariage (art. 312, Code civil français, art. 212 Code civil

(1) Aubry et Rau, donnent une définition semblable. « L'enfant illégitime, disent ces éminents juristes, est celui qui est issu du commerce de deux personnes qui n'étaient pas valablement mariées, à l'époque de sa conception, et entre lesquelles il n'existait pas même, à cette époque, de mariage putatif. » Cours de droit civil français, t. IX, § 565, p. 216, 5^e édit. Nous voyons que cette définition fait exception seulement en faveur de l'enfant né du mariage putatif, tandis que le Code civil brésilien, apporte un autre tempérament pour le cas où le mariage est annulé après la conception.

(2) Planiol et Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, n^{os} 1.366 et 1.559, 11^e édition.

vénézuélien). Il est donc illégitime s'il est conçu hors mariage. Mais ce qui distingue ces deux codes du code brésilien, c'est la présomption de légitimité qu'ils établissent en faveur de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage et par laquelle ils s'éloignent encore plus du système conceptif (Code civil français, art. 315, Code civil vénézuélien, art. 221).

2° *Système mixte ou concepto-natif*. — C'est le système des codes qui, pour déterminer le genre de filiation, tiennent compte non seulement du moment de la conception, mais aussi du moment de la naissance. Il faut considérer parmi eux, les Codes civils espagnol et suisse.

Pour le premier, sont légitimes les enfants qui ont pu être conçus pendant le mariage. Dans son article 108, il présume légitimes les enfants nés cent quatre-vingt jours après la célébration du mariage et dans les trois cents jours qui suivent sa dissolution ou la séparation des conjoints ; et il ajoute, dans son deuxième alinéa, que contre cette présomption de légitimité, on n'admettra pas d'autre preuve que celle de l'impossibilité physique du mari d'avoir eu des rapports avec sa femme dans les cent vingt-et-un premiers jours des trois cents qui ont précédé la naissance. Nous voyons que, dans ce texte du Code civil espagnol, il est fait exclusivement appel à l'époque de la conception. Mais l'article 119 du Code civil introduit le système natif, car il considère comme enfants naturels, ceux qui sont nés hors mariage, ne les distinguant des enfants adultérins, incestueux ou sacrilèges que si le père et la mère étaient au moment de la conception dans la possibilité de se marier, avec ou sans dispense. Ces deux dispositions sont contradictoires.

C'est ainsi qu'un enfant né le lendemain de la dissolution du mariage, sera illégitime selon l'art. 119, comme né hors mariage, et légitime selon l'art. 108.

Il faut observer aussi que le Code espagnol, comme les Codes français et vénézuélien, admet la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, sauf contestation, et cela est en contradiction tant avec le *système natif* qu'avec le *système conceptif*.

Le Code civil suisse se rapproche plutôt du *système natif* que du *système conceptif*. D'après son art. 252, qui déclare légitime l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cents jours après sa dissolution, on pourrait définir *a contrario*, l'enfant naturel : celui qui est né hors mariage et après la période de trois cents jours qui suivent sa dissolution. Mais par ce même texte, cette législation fait aussi appel au *système conceptif* puisqu'elle considère comme légitime l'enfant né dans les trois cents jours après le mariage ; en cela elle tient compte de l'époque de la conception.

Cette définition du Code suisse, bien que moins imparfaite que celles des autres codes étudiés ci-dessus, se heurte aussi à la critique, car elle ne s'accorde pas avec ce fait que les enfants adultérins nés pendant le mariage sont pourtant naturels.

3° *Système de l'imputation*. — Le Code civil allemand est le seul parmi ceux que nous étudierons qui adopte ce système. Pour lui, ce n'est pas l'époque de la conception qui va déterminer la qualité de la filiation, mais *l'imputation de la conception*. Dans une formule vague,

mais qui évite toute contradiction, l'art. 1.591, du Code civil allemand, déclare que « l'enfant n'est pas légitime, lorsqu'il est manifestement impossible, d'après les circonstances, que la femme l'ait conçu des œuvres de son mari.

Il faut reconnaître que cette définition est abstraite, mais exacte. Elle vise non seulement les enfants nés d'une femme mariée, mais ceux qui sont nés d'une célibataire, d'une veuve ou d'une divorcée. Comme il suffit pour que l'enfant soit illégitime, que le père ne soit pas le mari de la mère, la chose va de soi, lorsque la mère n'est pas mariée.

Il apparaît de cet exposé que si nous mettons à part le Code civil allemand, aucune législation ne contient une définition de l'enfant naturel qui soit en accord avec l'ensemble de ses dispositions. C'est ce que nous avons constaté dans les Codes civils espagnol, français, vénézuélien, brésilien et suisse.

Aussi, on ne peut pas donner une définition juridique de l'enfant naturel renfermée dans une formule. On est obligé d'énumérer quels sont les enfants naturels, ou bien de procéder par élimination, comme le font Rossel et Mentha, qui déclarent « enfants illégitimes ou naturels tous ceux qui ne sont ni légitimes ni légitimés, ni réputés légitimes » (3).

Epoque de la conception des Enfants illégitimes

Comment sait-on qu'un enfant a été conçu hors mariage ; qu'il est né d'une union prohibée par la loi ?

(3) Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil*, tome I, op. cit., p. 369.

C'est l'étude de l'époque de la conception qui va nous permettre de répondre à ces questions. Il ne s'agit pas de savoir ici comment on peut établir la filiation de l'enfant, ce que nous verrons en étudiant la recherche de la paternité ou de la maternité. Notre but est plus modeste : c'est de déterminer l'époque à laquelle l'enfant a été conçu. Point délicat et difficile à établir. La plupart des législations gardent un silence absolu sur la période pendant laquelle la conception de l'enfant a eu lieu. Elles se bornent à considérer comme enfants légitimes ceux qui naîtront 180 jours après la célébration du mariage et dans les 300 jours après sa dissolution. On peut dire que la longue période de 121 jour qui résulte de la différence entre les durées extrêmes de la gestation et qui représente l'époque légale de la conception des enfants légitimes, est une faveur accordée par le législateur à la filiation légitime. Aussi, tant qu'un texte n'étend pas cette faveur à la filiation illégitime, elle ne lui est pas applicable. C'est ce que l'on a soutenu en disant que l'article 312 étant une présomption légale établie en faveur des enfants légitimes, on ne peut pas l'étendre par voie d'analogie à la filiation naturelle, puisque toute présomption légale est *strictissimae interpretationis* (4). Mais nous croyons que ce raisonnement, juste quand il s'agit de l'imputation de la paternité à un homme, ne l'est pas pour la détermination de l'époque possible de la conception. Laissant de côté l'adage « *pater is est* », nous dirons que la loi, dans l'article 312, ne fait que constater une réalité : celle des deux durées

(4) Laurent, *Principes de droit civil français*, t. IV, p. 284, n° 174, 3^e édition.

extrêmes de la gestation : 180 jours et 300 jours. Cela n'est pas une fiction établie par la loi : c'est une détermination de l'époque possible de la conception, en accord avec la science, afin d'éviter toute difficulté devant le mystère de la conception. Pourquoi donc ne pas étendre à la filiation naturelle cette règle qui a sa raison d'être dans la quasi-impossibilité de préciser le moment de la conception ? Est-ce que les enfants illégitimes ne sont pas soumis aux mêmes lois physiologiques que les enfants légitimes ?

Le Code civil allemand ne fait pas de distinction. Son article 1.717, al. 2, déclare « qu'est réputé temps de la conception, le temps écoulé depuis le 181^e jour au 302^e jour avant le jour de la naissance de l'enfant, y compris aussi bien le 181^e que le 302^e jour ». Il ne fait que reproduire ici la première disposition de l'art. 1.592 pour la filiation légitime. Cependant, il n'étend pas à la filiation naturelle le second alinéa du même article 1.592, qui déclare : « S'il est établi que l'enfant a été conçu à une époque qui remonte à plus de 302 jours avant le jour de la naissance, cette époque est réputée temps de la conception en faveur de la légitimité de l'enfant. » Ce qui nous montre que cette omission a été voulu par le législateur.

Les tribunaux allemands admettent que la date de la conception soit fixée par des médecins, lorsqu'il s'agit de prouver qu'un enfant est bien né des relations que sa mère a eues avec le prétendu père à un moment donné de la période légale de la conception. Lorsque cette date est fixée et qu'elle concorde avec celle des dites relations, le père prétendu ne peut plus invoquer l'*exceptio plu-*

rium constupratorum, à moins que les rapports avec d'autres hommes ne se soient produits aussi à cette même date.

Le Code civil suisse ne fait aucune distinction pour l'époque de la conception entre la filiation légitime et la filiation illégitime. Il fixe l'époque de la conception dans les deux cas entre le 300^e et le 180^e jour qui précèdent la naissance. (Art. 252 et 314.)

On prévoit même le cas où un enfant naturel est né à une époque qui ne correspond pas avec la durée légale de la gestation et la date des relations de sa mère et de son père prétendu, par exemple s'il est né plus de 300 jours après les relations. La présomption de paternité est admise s'il est prouvé que la conception remonte à la date des dites relations (5).

En France, les travaux préparatoires de la loi de 1912 et la jurisprudence (6) ont considéré comme époque de la conception, pour la filiation illégitime, l'époque légale établie par l'article 312 pour la filiation légitime.

Le Code civil vénézuélien, le Code civil espagnol et le Code civil brésilien restent muets à ce sujet, mais rien ne s'oppose à ce que, par voie d'analogie, on applique à la filiation illégitime l'époque légale de la conception prévue pour la filiation légitime. Il convient de remarquer que le Code civil espagnol admet une gestation de plus de 300 jours, car, si son article 111 déclare que le mari ou ses héritiers pourront contester la légitimité de l'enfant né 300 jours après la dissolution du mariage ou la séparation légale effective des conjoints, il donne

(5) A. T. F. XLIII, 135.

(6) Req. 21 déc. 1920, D. P. 21. 1-55. Req. 12 janv. 1921. D. P. 22. 1-36.

aussi, dans ce cas, à l'enfant et à sa mère le droit de prouver la paternité du mari.

La fixation de l'époque de la conception est très importante aussi lorsqu'il faut déterminer si l'enfant est né d'une union illégitime ou criminelle.

Les diverses dispositions qui établissent cette longue durée de la période légale de la conception doivent s'appliquer de la manière la plus favorable à l'enfant, car on ne sait pas quelle est la date exacte de la conception.

C'est ainsi qu'il a été déclaré que l'enfant n'est adultérin ou incestueux que si l'union n'a pas cessé d'être criminelle pendant toute la période de la conception (7).

Pour terminer, disons que l'époque légale de la conception n'entre en cause que pour déterminer la filiation. Aussi, toutes les fois qu'il y aura lieu d'appliquer la maxime « *infans conceptus pro nato habetur* », on ne pourra pas se prévaloir de l'époque légale de la conception pour déclarer que l'enfant était conçu au moment de l'ouverture d'une succession. Cependant, le Code civil chilien, dans son article 76, établit d'une manière générale une période légale de la conception de 121 jours.

Nous avons voulu étudier cette question dans un chapitre spécial, parce que à chaque moment, nous allons nous trouver en présence des mots : « époque de la conception ».

(7) Trib. Havre, 23 mai 1838. S. 40-2-463.

CLASSIFICATION DES ENFANTS NATURELS

Selon qu'ils sont issus d'une union tolérée ou prohibée par la loi, les enfants naturels se classent en :

1° *Enfants naturels simples*, — qui n'étant pas légitimes, ne sont cependant pas issus d'une union condamnée formellement par la loi. C'est cette catégorie d'enfants qui va faire l'objet de notre étude.

2° *Enfants naturels adultérins*, — ceux que le mari désavoue en prouvant qu'à l'époque de la conception, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme. Si l'auteur de la grossesse de la femme mariée est un homme qui, au moment de la conception, se trouvait engagé, lui-même, dans le lien du mariage, l'enfant sera adultérin tant à l'égard du père que de la mère. Sa filiation ne pourra être établie à l'égard d'aucun d'eux, car la seule détermination du père ou de la mère suffit à révéler qu'elle est adultérine. Si, au contraire, il n'y a qu'un seul de ses auteurs qui soit marié à l'époque de la conception, l'enfant pourra être reconnu par l'autre, car rien ne prouve, qu'un enfant né d'une femme ou d'un homme non engagé dans le lien du mariage, est adultérin, si ce n'est la détermination de son auteur marié. Mais cela n'implique pas qu'il ne soit pas adultérin à l'égard de ses deux auteurs.

3° *Enfants incestueux* ou issus de deux personnes qui, au moment de la conception, ne pouvaient pas se marier en raison du degré de la parenté qui les unissait. Il faut que l'empêchement résultant de cette parenté ne soit

pas susceptible d'une dispense. Il va sans dire que pour que la qualité d'incestueux apparaisse, il faut que la filiation soit établie à l'égard du père et de la mère ;

4° *Enfants adultérins-incestueux*. — Leur filiation réunit les deux caractères de la seconde et de la troisième catégorie. Ils sont nés de deux personnes entre lesquelles le mariage était prohibé en raison de leur parenté, et qui, en outre, étaient tenus, l'un ou l'autre, ou les deux, par les liens d'un autre mariage. Le double caractère adultérin-incestueux ne sera pas révélé par une reconnaissance de l'auteur non marié (8) ;

5° *Enfants sacrilèges* (sacrilegos). — Ce sont les enfants issus de deux personnes dont l'une était ordonnée *in sacris*. Le sacrilège est alors simple ; il est à double branche si les deux auteurs étaient ordonnés *in sacris*.

Dans le premier cas, le caractère de sacrilège n'apparaît pas si la filiation n'est établie qu'à l'égard de l'auteur non ordonné. Dans le second cas, la filiation ne pourra être établie à l'égard de l'un ou de l'autre des auteurs sans que le caractère de sacrilège soit révélé. Cette catégorie d'enfants naturels n'existe pas juridiquement en France. La Cour de cassation a déclaré que le fait d'être ordonné *in sacris*, ne constitue pas un empêchement au mariage (9). Par contre, le Code civil espagnol, article 83, al. 4, et le Code civil vénézuélien, art. 73, prohibent le

(8) Le C. C. esp. *présume* naturels ces enfants. Si l'auteur de la reconnaissance, était capable de contracter mariage à l'époque légale de la conception (art. 130). Ces enfants ainsi reconnus, sont connus sous le nom de *hijos naturales presuntos*.

(9) Cic. rej. 25 janv. 188. Aff. Houpin D. 88 1.97. Contra Aubry et Rau, op. cit., 5^e éd., t. VII, p. 136 à 140.

mariage des ordonnés *in sacris* et ils considèrent leurs enfants comme sacrilèges.

Le Code civil allemand n'établit pas de distinction entre les enfants illégitimes, tous sont placés sur un pied d'égalité.

Les droits de l'enfant ont été considérés comme devant être respectés. Ni au point de vue du droit, ni au point de vue de la morale, le législateur n'a cru utile de frapper les enfants adultérins et incestueux (10).

(10) A. Roux. *De la Condition juridique des enfants naturels, dans le Code civil allemand*, pp. 8 et 9, thèse, Paris, 1902 ; Mot., t. IV, p. 857.

PREMIÈRE PARTIE

Détermination de la filiation naturelle.

Généralités. — Tout enfant qui vient au monde a été engendré par l'union d'une femme et d'un homme. Mais de quel homme, de quelle femme ?

Voilà une question qui nous conduit à déterminer la filiation de l'enfant.

Si l'enfant est légitime, il n'y a pas de difficulté. Sa situation est établie par l'acte de naissance inscrit dans les registres de l'état-civil, ou par sa possession d'état. En outre, le mystère de la paternité, son incertitude, est écarté par une présomption qui attribue l'enfant au mari de la mère. C'est l'application de la règle : « *Pater is est quem nuptiae demonstrant* ».

Au contraire, si l'enfant est naturel, toute autre est sa situation. La filiation naturelle, loin d'avoir la faveur que la loi accorde à la filiation légitime, est considérée comme une filiation déshonorante, contraire à la morale et au sentiment commun. La déclaration du premier Consul « que la Société n'a aucun intérêt à ce que la filiation des enfants naturels soit constatée », suffit à donner une idée de ce que va être la situation juridique de l'enfant naturel dans le Code civil de 1804. Le législateur va le traiter avec une dureté telle qu'elle heurte le bon sens humain. Les raisons invoquées pour justifier ce traite-

ment peuvent se résumer ainsi : en frappant l'enfant naturel, on défend la famille et on restreint les unions irrégulières. Si un doute se présente sur la légitimité d'un enfant, le législateur la supprime en sa faveur. Au contraire, quand il s'agit d'une filiation naturelle, non seulement il rejette la possibilité de l'établir dès qu'il y a incertitude, mais même lorsque le lien de filiation est évident, il restreint la faculté de l'établir légalement.

Cette hostilité, qui peut invoquer certaines justifications en ce qui concerne la paternité, toujours incertaine, ne le peut plus à l'égard de la maternité « *qui semper certa est* ».

C'est pour cette raison que certaines législations ont effacé cette injustice de leur Code et ont concédé, quant à la maternité, aux enfants naturels, les mêmes moyens de preuve que pour la filiation légitime.

Mais pour la détermination de la paternité, l'hostilité subsiste encore à des degrés divers selon les effets que chaque législation attribue au lien de filiation paternelle. Je dis à des degrés divers, parce que la difficulté de la preuve est proportionnelle à l'importance des effets que la détermination de la filiation paternelle produira (1). La loi, en rendant très difficile la preuve, se montre très généreuse quant à ses conséquences. La cause étant niée, l'effet ne risque pas d'avoir lieu. C'est la tactique adoptée par le Code civil français et par toutes les législations qui suivent le système français.

Par contre, la loi peut, en se montrant favorable à la

(1) Néanmoins, en France, l'introduction de la loi du 16 novembre 1912, élargissant les possibilités de recherche de la paternité, n'a pas été accompagnée d'une restriction d'effets.

recherche de la paternité, la rendre sans intérêt par l'effet dérisoire qu'elle y attache. C'est le cas des législations qui suivent le système germanique limitant tous les effets de la filiation à une créance alimentaire.

Si le législateur, le plus souvent, empêche que la filiation naturelle soit établie par des moyens qui, rationnellement, devraient être admis, il ne s'oppose pas à ce que le père ou la mère, par un aveu, par une déclaration volontaire, constate que tel enfant est le sien, cela ne saurait que rendre plus pénible la situation de l'enfant naturel qui est ainsi exposé à être reconnu par le premier venu. Peu importe que l'auteur de la reconnaissance ne soit pas le véritable père, et que le but qu'il poursuive soit de profiter de la bonne situation pécuniaire de l'enfant. A moins qu'il n'arrive à prouver le contraire, cet enfant sera son fils. Le fardeau de la preuve est à la charge de l'enfant.

On ne s'explique pas comment le législateur, si hostile à ce que la filiation naturelle soit établie, même à l'aide de preuves convaincantes, quand c'est l'enfant qui en prend l'initiative, se montre si favorable à ce que n'importe qui puisse déclarer être son père ou sa mère. Nous pensons que l'enfant qui, précisément, a moins de moyens pour se défendre et faire tomber une reconnaissance mensongère, devrait être plus protégé par la loi.

Les législations espagnole (art. 133 C. C.) et brésilienne (art. 362 C. C.) lui sont, sur ce point, plus favorables. Elles subordonnent la validité de la reconnaissance au consentement de l'enfant majeur. Si c'est un mineur, l'approbation judiciaire est nécessaire, en droit espagnol.

Le Code civil suisse n'exige pas le consentement de l'enfant, mais pour que la reconnaissance tombe, il suffit à cet enfant d'alléguer que l'auteur n'en est ni son père, ni son grand père. Le fardeau de la preuve est ici renversé. C'est l'auteur qui doit prouver, on pourrait dire qu'il doit faire une recherche de filiation.

Nous commencerons par -étudier la reconnaissance volontaire, puis ensuite, la reconnaissance judiciaire ou forcée.

TITRE I^{er}

De la reconnaissance volontaire

CHAPITRE PREMIER

CARACTÉRISTIQUES

SECTION I

ACTE FORMEL

§ 1. — De l'authenticité en droit français

La reconnaissance est un acte qui produit des effets assez importants. C'est un aveu qui, ayant pour but de constater une filiation, doit être avant tout sincère.

Telle est la raison que presque toutes les législations ont invoquée pour imposer les formes dans lesquelles la reconnaissance doit être faite, afin d'en protéger l'auteur contre toute manœuvre frauduleuse et de lui éviter des surprises.

Parmi celles que je vais étudier, la législation française est une des plus rigoureuses quant aux formalités demandées. Elle exige que toute reconnaissance d'enfant naturel soit faite sous la forme authentique. L'art. 334 s'exprime ainsi : « La reconnaissance d'un enfant naturel sera faite par un acte authentique, lorsqu'elle n'eût pas été dans son acte de naissance » ; ce dernier étant aussi un acte authentique. Donc, le législateur a voulu

exclure les reconnaissances faites sous seing privé, comme manquant au but primordial de garantir la liberté et la sincérité de l'aveu.

Néanmoins, on a prétendu qu'une reconnaissance faite sous seing-privé était valable. On invoque l'art. 334 qui, bien qu'exigeant l'authenticité, n'établit pas la sanction que le défaut d'authenticité entraînerait. Si la donation faite sous seing-privé est nulle, c'est parce que la loi déclare la nullité (art. 931). D'où l'on conclut que la reconnaissance sous seing-privé a une certaine valeur, puisque l'article 334 ne le déclare pas nulle (1). L'enfant pourra agir en vérification d'écriture et donner à l'acte sous seing-privé la même foi qu'à l'acte authentique (art. 1322 C. C.).

Tous ces raisonnements nous paraissent inadmissibles. A l'argument tiré de l'absence de sanction de l'art. 334, nous répondons que le même silence est observé par l'art. 2129, qui ne prononce pas la nullité d'une hypothèque constituée sous seing privé, et, cependant, personne ne nie la nullité d'une hypothèque qui n'est pas faite sous la forme authentique. Nous pourrions faire le même raisonnement au sujet du contrat de mariage, qui doit être fait par acte authentique, sans qu'aucune disposition expresse vienne déclarer nul le contrat de mariage sous seing privé.

D'autre part, l'art. 1322 est applicable à la preuve, mais non à l'authenticité qui constitue une formalité essentielle de la reconnaissance. Laurent, considère tout acte qui n'a pas été dressé avec les solennités exigées

(1) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. II, nos 950, 951.

par la loi, comme inexistant, et pense que la possession d'état jointe à la reconnaissance sous seing privé ne donnerait pas même droit aux aliments (2). Proudhon (3) fait une distinction, il accepte la validité de la reconnaissance faite sous seing privé seulement en ce qui concerne la maternité. La raison de cette distinction pour lui, c'est qu'elle est en accord avec les principes de l'interdiction de la recherche de la paternité et de son admission pour la maternité. Même si cette raison était valable, aujourd'hui elle a perdu son fondement, car l'interdiction de la recherche de la paternité a souffert d'importants tempéraments par la loi du 16 novembre 1912. D'ailleurs, nous pensons que l'authenticité protège plus l'homme que la femme, car la paternité est incertaine et la maternité certaine. Mais cela n'implique pas que la reconnaissance maternelle sous seing privé soit valable.

Nous ne pouvons non plus admettre que l'acte sous seing privé devient authentique par le simple fait qu'il est déposé chez un notaire. La reconnaissance restera toujours sous seing privé (4). Mais si l'acte authentique qui fait constater le dépôt mentionne la reconnaissance, celle-ci devient valable (5).

(2) Laurent, op. cit., t. IV, p. 99.

(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, tome II, pp. 143 et 144, 3^e édit.

(4) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1474 ; Massonîé, *De la reconnaissance des enfants illégitimes*, p. 76 ; Contra Proudhon, op. cit., II, pp. 172 et 173 ; Duranton, *Cours de Droit français suivant le Code civil*, t. III, p. 215, 2^e édit. ; Toullier, op. cit., n° 951.

(5) Loiseau, op. cit., n° 472 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 244. ; Planiol, op. loc. cit. ; Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. V, 2^e édit., p. 427 ; Massonîé, op. loc. cit.

Voyons maintenant quelles sont les conditions exigées pour qu'un acte soit authentique.

1° L'acte doit être reçu par un fonctionnaire compétent ;

2° Il doit remplir les formalités imposées par la loi.

Sont compétents pour recevoir un acte de reconnaissance sous forme authentique :

1° Les officiers de l'état civil. Cela est expressément dit par le Code civil, article 334, car la reconnaissance peut être faite dans *l'acte de naissance* de l'enfant, qui est toujours dressé par l'officier de l'état civil.

L'article 62 nous dit aussi que la reconnaissance d'un enfant naturel peut être faite par acte postérieur à la naissance, par n'importe quel officier de l'état civil.

En outre, la reconnaissance peut être faite dans l'acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil (art. 331).

2° Les notaires peuvent aussi recevoir les actes de reconnaissance, afin d'éviter les inconvénients de la publication, dans les registres, du secret des fautes des parents. Les notaires doivent rédiger en minute les reconnaissances (L. 25 Ventôse, an XI, art. 20 et 68). Il n'est pas nécessaire pour cela que le Code civil exige qu'elles soient dressées en minute, car tel est le droit commun en ce qui concerne les actes notariés. D'autre part, la présence du notaire et du 2° notaire ou des témoins instrumentaires est nécessaire (lois, 21 juin 1843 et 12 août 1902).

Sont exclus, tous les autres officiers publics, tels que les huissiers, greffiers, commissaires de police, etc., etc.,

qui ont le pouvoir de conférer l'authenticité aux actes rédigés par eux, seulement dans les limites de leurs attributions. Or, ils n'ont pas été chargés de recevoir les actes de reconnaissance (6). *A fortiori*, les ministres du culte sont aussi incompetents;

3° La reconnaissance peut être judiciaire. Elle résulte d'un aveu fait en justice, constaté par les tribunaux (7) ou par les juges-commissaires ou instructeurs, dans un interrogatoire ou dans une enquête et aussi par le juge de paix, lorsqu'il siège en bureau de conciliation et lorsqu'il préside un conseil de famille (8).

On a soutenu que le juge de paix, assisté de son greffier, pouvait recevoir un acte de reconnaissance (9). Cette idée est tirée par analogie, de ce que les juges de paix sont compétents pour recevoir les actes d'adoption. Mais il ne faut pas oublier que l'interprétation par analogie ne peut s'appliquer dans notre cas, parce que la reconnaissance est un acte de l'état civil, tandis que l'adoption est un acte de juridiction volontaire, gracieux. (10)

On a soutenu aussi qu'une sommation d'huissier, à laquelle la mère ou le père répondrait que l'enfant lui

(6) Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 1471.

(7) Loiseau, pp. 459 et 461 ; Demolombe, t. V, op. cit., n° 398 ; Aubry et Rau, op. cit., IX, p. 240, note 12 ; Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 1472.

(8) Demolombe, op. cit., t. V, p. 423, n° 399 ; Aubry et Rau, t. IX, op. loc. cit., notes 12 et 13 ; Rolland de Villargues, *Traité des enfants naturels*, n° 223 ; Massonié, op. cit., p. 66 ; Contra Laurent, op. loc. cit.

(9) Loiseau, op. cit., pp. 457 et 458 ; Duranton, op. cit., t. III, n° 212, p. 212, note 2 ; Rolland de Villargues, op. cit., n° 222.

(10) Demolombe, V, n° 400 ; Massonié, op. cit., p. 66 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 241, note 14 ; Contra Laurent qui dit que les tribunaux exercent de cette manière une juridiction gracieuse, op. cit., t. IV, pp. 76 et 77.

appartient, cette réponse étant constatée dans son procès-verbal, constituerait un acte de reconnaissance valable (11). Nous croyons que la compétence de l'huissier ne peut pas être admise parce que la déclaration faite, ne l'est pas en pleine liberté (12).

Est-ce qu'un tribunal de commerce est compétent pour recevoir une reconnaissance sous la forme d'un aveu judiciaire ? On l'a nié parce qu'un tribunal de commerce ne peut pas connaître des questions d'état (13). Mais nous pensons qu'il n'y a pas de raison pour exclure ce tribunal, car le rôle de tout tribunal se limite à faire constater un aveu.

La Cour de cassation a accepté comme reconnaissance l'aveu fait par un témoin appelé à témoigner sous la foi du serment, si le fait avoué rentre dans ceux que le témoin est tenu d'avouer (14).

La loi n'impose aucune formule spéciale pour reconnaître son enfant, et n'exige pas que l'acte soit dressé *ad hoc*. Il suffit donc que l'acte qui contient, même incidemment, la reconnaissance, soit authentique et qu'il révèle d'une manière claire la volonté de reconnaître l'enfant (15). Mais il faut que la reconnaissance contenue

(11) Marcadé, *Explication du Code Napoléon*, t. II, p. 49, art. 334, 5^e édition.

(12) Demolombe; op. cit., t. V, n° 401 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 568 *bis*, p. 238, note 2 ; Loiseau, op. cit., pp. 452 à 456.

(13) Loiseau, op. cit., p. 460.

(14) Grenoble, 6 août 1861. S. 62-2-132.

(15) Delvincourt, *Cours de Code civil*, I, p. 236 ; Rolland de Villargues, op. cit., n° 227 ; Duranton, op. cit., t. III, n° 213 ; Demolombe, t. V, n° 410 ; Zacharie, t. IV, § 568, a) notes 26 à 28 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 563 *bis*, p. 244, note 22 ; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1473 ; Cass. 3 avril 1872-D-72-113 ; Cass. 24 janv. 1888-D-88-1-302. S. 89-1-53 ; Cass. 2 janv. 1895. D. 95-1. 367 ; S. 95-1-115 ; Paris, 26 février 1896, S. 98-2-238.

dans un acte authentique soit indépendante de celui-ci. C'est ainsi que la reconnaissance dressée dans un contrat de mariage, est valable, même si le contrat ne produit aucun effet par la non célébration du mariage. Tout ce que la loi exige, c'est l'authenticité. Dans le chapitre sur le caractère personnel de la reconnaissance, nous trouverons l'exception faite par l'interprétation *a contrario* de l'art. 336 du Code civil, lorsqu'il s'agit de la reconnaissance de la mère.

Enfin, nous croyons devoir mentionner une question très délicate et sur laquelle les avis sont partagés. Il s'agit de savoir si la reconnaissance faite sous la forme authentique par un mandataire muni d'une procuration sous seing privé est ou non valable.

L'esprit de la loi s'oppose à la validité d'une reconnaissance faite dans ces conditions. La loi a voulu éviter les surprises, les séductions, etc., etc. Or, le mandat donné sous seing privé pour reconnaître un enfant, ne protège pas l'auteur de ces manœuvres illicites ; pour le sauvegarder, la loi entend que le mandat soit donné sous la forme authentique. Cela résulte de l'art. 334 (16).

Cependant, la loi dit aussi que le mandat peut être donné par acte sous seing privé et même par simple lettre (art. 1985, C. civ.). Cela est vrai, mais il s'agit d'une règle qui a des exceptions : toutes les fois que l'acte requiert une forme authentique, le mandat doit aussi être fait sous cette forme, car le mandat est, de la part du mandant, le commencement d'exécution de l'acte qu'il veut faire exécuter (17).

(16) Demolombe, op. cit., t. V, p. 430 ; Laurent, op. cit., t. IV, p. 87.

(17) Demolombe, op. loc. cit. ; Laurent, op. loc. cit. Voir cependant Duranton, op. cit., t. III, p. 219, n^{os} 222 et 223.

§ 2. — Formalités de la reconnaissance en droit étranger

Presque toutes les législations entourent de certaines formalités l'acte de la reconnaissance, afin qu'il soit sincère. Nous allons nous borner à étudier les législations espagnole, brésilienne, vénézuélienne et suisse.

La différence capitale entre ces législations et le Code civil français, c'est qu'elles admettent, en plus des actes contenus dans son article 334 (acte de naissance, acte authentique), les actes de disposition pour cause de mort (18).

Mais voyons ce que chaque législation entend par actes de disposition pour cause de mort.

Dans les Codes civils brésilien, art. 357, vénézuélien, art. 232, et espagnol, art. 131, c'est le testament qui est désigné comme acte dans lequel la reconnaissance peut être faite.

Cette forme de testament comprend les formes ordinaires et les formes spéciales.

Donc on peut faire une reconnaissance dans n'importe quel testament, à condition qu'y soient observées les formalités prescrites par la loi. Mais la différence entre ces législations réside précisément dans ces formalités.

Testaments ordinaires. — Les législations espagnole et brésilienne se ressemblent assez et pour cette raison nous les exposerons en même temps.

En ce qui concerne le testament ordinaire, les Codes civils espagnol et brésilien énumèrent trois formes :

(18) Brésilien, art. 357 ; vénézuélien, art. 232 ; espagnol, art. 131 ; C. civ. suisse, art. 303, al. 2.

1° *Testament olographe* (art. 679, Code civil espagnol).

— Ce testament, selon le Code civil espagnol, ne peut être fait que par des personnes majeures ; il correspond, à peu près, au testament olographe français et au testament privé brésilien. L'art. 688 C. C. espagnol exige, pour que le testament olographe soit valable, qu'il soit écrit tout entier, daté et signé par le testateur.

Le Code civil brésilien exige, en outre, la présence de cinq témoins (art. 1645), mais la date n'est pas considérée comme condition essentielle. Nous voyons dans les deux législations des actes sous seing privé dans lesquels une reconnaissance peut avoir lieu.

Mais pour la validité de cette reconnaissance, dans le Code civil espagnol, il faut que le testament soit protocolisée, car à ce moment il deviendra document public (art. 689 et 693 du Code civil espagnol).

A défaut d'être inséré dans le protocole, si le testament olographe n'est pas présenté au juge de première instance du dernier domicile du testateur, ou du lieu où celui-ci est décédé, dans les cinq ans à partir du jour du décès, il sera nul (art. 689).

La reconnaissance insérée dans ce testament déclaré non valable, sera nulle aussi.

2° *Le testament ouvert* constitue la seconde forme des testaments ordinaires énumérés par l'art. 676, Code civil espagnol. Il équivaut au testament français sous forme authentique, et au testament public brésilien.

C'est un testament passé devant un officier compétent (notaire). Mais si le testateur se trouve en péril de mort (art. 700 Code civil espagnol) ou en cas d'épidémie

(art. 701 Code civil espagnol), la loi espagnole autorise à faire le testament ouvert par écrit ou verbalement devant cinq ou trois témoins, selon que le testateur se trouve en péril de mort ou en cas d'épidémie.

La présence du notaire n'est pas nécessaire.

Mais la loi déclare le testament sans effet si, le testateur étant décédé dans les deux mois qui suivent sa confection, il n'est pas rédigé dans la forme de document public dans les trois mois après le décès (ar. 703, al. 3 du Code civil espagnol).

Donc, si une reconnaissance est faite dans un testament frappé par cette sanction, elle aussi est nulle.

Contre la nullité de la reconnaissance, dans ce cas comme dans celui du testament olographe, devenu nul par défaut d'insertion dans le protocole, on nous objectera que la reconnaissance faite dans un contrat de mariage est valable, même si le contrat devient sans effet par la non célébration du mariage. Mais nous répondons que le fait qui donne validité à la reconnaissance faite dans le contrat de mariage n'est point la célébration du mariage, mais l'authenticité exigée pour ce contrat. Il y a eu un acte authentique et cela suffit. Si le mariage n'a pas lieu, cela n'implique pas que l'authenticité du contrat de mariage n'existe pas. En un mot, ce n'est pas le contrat de mariage qui donne la validité à la reconnaissance, c'est sa forme authentique.

Tout autre est le cas d'un testament déclaré nul par la loi.

Si la loi autorise à faire la reconnaissance dans un testament et si celui-ci n'existe pas, parce qu'il est déclaré nul, la reconnaissance n'a pas de valeur parce

qu'elle n'a pas été faite dans un testament. Bref, pour que la reconnaissance soit valable, il faut qu'elle soit faite dans un testament. S'il est déclaré nul, elle n'existe pas. Tel est notre avis.

3° *Le testament fermé* est un testament secret qui doit être présenté devant un notaire, afin de remplir certaines formalités contenues dans l'article 707 du Code civil espagnol. Il correspond au testament mystique français et brésilien (art. 1638 Code civil du Brésil).

Le Code vénézuélien ne connaît pas le testament olographe de la législation française. Il énonce deux sortes de testaments, *ouvert* et *fermé*. Tous les deux sont soumis à des formalités externes.

Le testament ouvert ou *nuncupatif*, doit être dressé par un officier public (Registrador) et en présence de trois témoins sachant lire et écrire ; ou devant cinq témoins ayant les mêmes qualités. Nous voyons donc, qu'il y a deux sortes de testament ouvert : *le public*, qui doit être passé devant l'officier public, et *le privé*, pour lequel la présence de cinq témoins suffit.

Mais la loi impose, sous peine de nullité, que ce dernier soit reconnu judiciairement par les témoins et par le testateur, s'il vit, dans les trois mois qui suivent le jour où le testament a été fait.

Le testament fermé, appelé aussi mystique ou secret, ressemble, dans le fond, au testament mystique français et brésilien, et au testament fermé du Code civil espagnol.

La loi vénézuélienne entoure le testament fermé de beaucoup de formalités. Elle les énonce dans son art. 845,

qui ressemble assez, au long art. 976 du Code civil français.

Le Commentateur du Code civil vénézuélien, *Dominici*, estime que même le contenu du testament fermé est authentique, car la loi ne l'aurait pas entouré d'un si grand nombre de formalités pour le déclarer ensuite doué d'une force probatoire inférieure au testament ouvert privé (19).

Testaments spéciaux. — La loi ne distingue pas. Elle dit que la reconnaissance pourra être faite dans un testament. Donc, les testaments spéciaux peuvent être utilisés pour une reconnaissance d'enfant naturel, quoiqu'ils soient faits presque sans formalités. Les principaux testaments spéciaux admis par ces trois législations (20) sont : le testament maritime, et celui fait en temps de guerre. Il y a aussi le testament fait en pays étranger. prévu seulement par le Code civil espagnol (21).

Tous ces testaments deviennent sans effet après un certain temps, si le testateur ne meurt pas. Néanmoins, nous croyons que la reconnaissance faite dans un de ces testaments révoqués par la loi est valable (22).

Par ce bref exposé sur les diverses formes de testament, nous voyons que la reconnaissance dans un acte non authentique peut avoir lieu assez souvent, surtout en Espagne.

En outre, la question de savoir si dans un testament

(19) Dominici, I, p. 88, *Comentarios al Código civil venezolano*, 1896.

(20) Voir C.C. vénézuélien, art. 852 et suiv.; C.C. brésilien, 656 et suivant ; C.C. espagnol, 716 et suivant.

(21) Art. 732, C.C. espagnol.

(22) Voir ci-après, l'irrévocabilité, page

olographe ou mystique, on peut reconnaître un enfant naturel, ne se pose pas. Tous les testaments sont aptes à contenir une reconnaissance d'enfant naturel.

Enfin, on considère comme actes authentiques ceux qui sont faits par des fonctionnaires publics compétents avec les solennités requises par la loi (art. 216, Code civil espagnol, 1383 Code civil vénézuélien).

Remarquons que l'acte de conciliation est déclaré authentique et solennel par l'art. 476 du Code de procédure civile espagnol. Donc la reconnaissance peut être faite dans cet acte.

Faisons remarquer que la législation brésilienne dispose que, lorsqu'il s'agit de constater un empêchement au mariage, la parenté résultant de la filiation naturelle pourra être prouvée également par l'aveu spontané des ascendants, à défaut de reconnaissance valable (art. 184 C. C., paragraphe unique).

La législation espagnole attribue à une reconnaissance sous seing privé la même valeur qu'à la reconnaissance légalement faite. Il suffit d'en obliger l'auteur à reconnaître l'enfant, à l'aide de cet aveu sous seing privé.

Lorsque nous étudierons la recherche de la paternité, nous constaterons la valeur de l'aveu sous seing privé.

Le Code civil suisse ne connaît que la reconnaissance paternelle, car la filiation maternelle « résulte du seul fait de la naissance » (art. 302, al. 1). Par contre, le lien de la filiation paternelle ne s'établit pas, par le seul fait de la naissance, mais par une reconnaissance ou un jugement (C. C. 303, al. 2).

« La reconnaissance a lieu par acte authentique ou par

disposition pour cause de mort », dit l'art. 303, al. 2 du Code civil suisse. Mais à quelles modalités l'acte authentique est-il soumis ?

En Suisse, il appartient aux cantons de déterminer pour leur territoire les modalités de la forme authentique (Tit. final, art. 55). Il en est de même quant à la détermination des officiers compétents. C'est ainsi que la compétence des notaires n'est admise que par les cantons suivants : Berne, Schwytz, Bâle, Ville, Grisons, Argovie, Tessin, Vaud, Valais, Neuchâtel, Genève, Thurgovie, Fribourg (23).

Quant à la compétence de l'officier de l'état civil, les projets du Code civil suisse de 1900, art. 331, al. 2, et de 1903, art. 313, al. 2, l'admettaient expressément.

La Commission du Conseil National supprima ces dispositions, non point avec l'intention de déclarer incompetent l'officier de l'état civil et de rendre plus difficile la reconnaissance des enfants naturels, mais comme l'a très bien dit Gottofrey, « parce qu'elle a estimé que la déclaration enregistrée par l'officier de l'état civil, rentre dans la catégorie des actes authentiques. L'officier d'état civil est en effet un officier public ; lorsqu'il reçoit une déclaration et l'inscrit dans un registre officiel, on peut admettre que cette inscription constitue un acte authentique. L'innovation de la Commission est donc une modification de forme et non pas une modification de fond (24) ». Les cantons auront donc la faculté de consi-

(23) Decoppet, *L'enfant naturel et son père*, Lausanne, 1917, p. 39, n° 28.

(24) Bullet XV, p. 769.

dérer l'inscription au registre de l'état civil, comme acte authentique.

Quant à la reconnaissance volontaire judiciaire, qui est unanimement admise dans presque toutes les législations, elle donne lieu, en Suisse, à des divergences entre les auteurs. L'opinion la plus rationnelle soutient la validité de cette forme de reconnaissance en s'appuyant sur l'article 9, et déclare que « les titres publics jouissant de la même foi que les actes authentiques, il convient d'admettre que la déclaration enregistrée à l'état civil, ou consignée dans le procès-verbal d'une autorité judiciaire, si elle a été donnée par le père ou par le grand père paternel dans les circonstances spéciales où elle peut émaner de lui, emportera reconnaissance (25).

La seconde catégorie d'actes susceptibles de contenir une reconnaissance d'enfant naturel comprend les dispositions pour cause de mort, qui sont, dans le Code civil suisse, le testament et le pacte successoral (art. 481, 498 et 512).

Les testaments peuvent être faits soit par acte public, soit dans la forme olographe, soit dans la forme orale (art. 498 C. C. S.). Le testament public est un acte authentique, parce qu'il exige la présence d'un notaire, ou de toute autre personne ayant compétence d'après le droit cantonal (art. 499).

Le testament olographe est écrit en entier, daté et signé de la main du testateur (art. 505). Le testament est oral,

(25) Rossel et Mentha, I, p. 371 ; dans ce sens voir aussi Robert, *De la condition juridique de l'enfant naturel dans le C. C. S. et allemand*, thèse, Genève, 1912, p. 174 ; Contra-Decoppet, page 40, op. cit.

lorsque, par suite de circonstances extraordinaires, le disposant est empêché de tester dans une autre forme ; ainsi, en cas de danger de mort imminente, de communications interrompues, d'épidémies ou de guerre (art. 506).

Il résulte de ce bref exposé que parmi les testaments l'un est authentique, l'autre est sous seing privé et le troisième est simplement oral.

Tous peuvent contenir une reconnaissance d'enfant naturel. Il n'y a pas à faire de distinction entre les testaments ordinaires et spéciaux en droit suisse. Ces derniers sont inclus dans la catégorie des testaments oraux.

Le pacte successoral est aussi une disposition pour cause de mort et, comme tel, il peut contenir valablement une reconnaissance d'enfant naturel. Mais le pacte successoral doit être reçu dans la forme du testament public (art. 512 C. C. S.). Il en résulte que c'est une reconnaissance faite dans un contrat sous forme solennelle (« *Contratto successorio* » en italien), aussi, le défaut de forme du pacte successoral entraînerait sa nullité et celle de la reconnaissance. Ici, comme dans le testament public la validité de la reconnaissance est due à l'authenticité de la forme solennelle et non au caractère de disposition pour cause de mort ; tandis que dans les testaments olographe et oral, qui sont des actes sous seing privé, la validité de la reconnaissance repose sur ce simple fait qu'elle est contenue dans une disposition pour cause de mort. N'importe qui des contractants du pacte successoral peut faire la reconnaissance, car la validité de celle-ci repose sur la forme solennelle. De même, dans un contrat de mariage, qui est toujours fait sous la forme solennelle (art. 181 C. C. S.), n'importe qui peut reconnaître son

enfant naturel. Mais pour que la disposition pour cause de mort existe, nous pensons qu'elle doit contenir une transmission de biens, sans laquelle le but primordial du testament fait défaut. L'opinion contraire nous obligerait à admettre que la reconnaissance peut se faire sous seing privé et même sous la forme orale. Or, si la loi a réglé les formalités de la reconnaissance en limitant les actes dans lesquels elle peut être faite, c'est par méfiance pour les actes sous seing privé. Si nous admettions que la transmission de biens n'est pas nécessaire, on pourrait reconnaître un enfant naturel dans un acte sous seing privé que l'on ferait passer pour son testament olographe. Aussi, nous croyons que tout testament public ou tout pacte successoral qui ne contient pas de dispositions de biens, n'est pas un acte de disposition pour cause de mort. Mais bien entendu, la reconnaissance faite dans certains de ces actes, sera valable, non pas parce qu'elle est contenue dans un testament ou dans un pacte successoral qui n'existe pas, mais parce qu'elle a été dressée dans un acte authentique. Il n'y aura pas disposition pour cause de mort, mais l'authenticité subsistera. Et, par conséquent, la reconnaissance sera valable pour être contenue dans un acte solennel (26).

Cependant on a reproché à cette argumentation d'apporter une solution trop rigoureuse, et l'on considère que c'est au juge de se prononcer en tenant compte des circonstances et de l'intérêt de l'enfant (27).

On cite l'exemple d'un étudiant ne possédant aucune

(26) Voir dans ce sens Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 371.

(27) Robert, *op. cit.*, p. 176.

fortune personnelle, qui n'a pas pu reconnaître son enfant immédiatement après la naissance, par crainte d'indisposer sa famille, ou pour n'importe quelle autre raison, et qui se sentant mourir veut accomplir son devoir de conscience. Par un acte olographe il reconnaît son fils, sans avoir fait de disposition de ses biens puisqu'il ne possède rien. On juge cruel de faire dépendre l'avenir de l'enfant d'une telle condition.

Nous croyons que cet argument est plutôt sentimental que juridique, car il y est fait état de cas exceptionnels que la loi ne peut pas prévoir. La loi serait lettre morte, si l'on invoquait toujours les rares injustices plutôt hypothétiques que réelles qui pourraient résulter de son application. Le juge deviendrait le véritable législateur, car il ferait la loi pour chaque cas, selon son critérium personnel. La loi est rigoureuse, mais c'est la loi. Lorsqu'elle a été édictée, le législateur a tenu compte de la généralité et non des exceptions. Lorsqu'il a voulu limiter à un certain nombre d'actes la possibilité de faire les reconnaissances, c'est par crainte des manœuvres dolosives dont l'auteur de la reconnaissance pourrait être victime. Or, si nous admettons qu'un acte sous seing privé, par le seul fait qu'il soit appelé testament — alors qu'il ne l'est pas en réalité, — puisse contenir une reconnaissance valable, l'art. 303, al. 2 est profondément modifié et sa raison d'être disparaît. Pour que la reconnaissance soit valable, la loi impose qu'elle soit faite dans un acte authentique ou de disposition pour cause de mort. Dans notre espèce, l'acte qui prétendrait être un testament olographe, sans contenir transmission de biens, ne serait ni un testament, ni un acte authentique. La recon-

naissance faite dans cet acte ne peut pas établir légalement le lien de filiation.

Si nous avons étudié cette question à propos du Code civil suisse, c'est parce que dans cette législation, les testament olographe et oral exigent moins de formalités que dans toutes les autres législations et nous profitons de cette particularité pour faire saisir plus facilement les arguments exposés. En Suisse, le testament olographe se montre, d'une manière plus sensible que dans les autres législations étrangères étudiées, comme un acte sous seing privé. En outre, c'est en Suisse que nous avons trouvé la controverse. Mais il ne faut pas croire que la solution adoptée s'applique seulement à la législation suisse, elle s'étend à toutes les législations qui admettent la validité de la reconnaissance faite dans un acte de disposition pour cause de mort.

Enfin, nous faisons observer que si la reconnaissance est faite sous seing privé, hormis le cas du testament olographe et oral, elle n'a d'autre valeur que de servir de fondement à une action en paternité.

En conclusion, nous pouvons dire que la seule différence sensible qui existe entre la législation française et les législations étrangères, consiste dans l'admission par ces dernières de la reconnaissance faite dans un acte de disposition pour cause de mort.

Nous croyons que c'est une heureuse différence qui les sépare de la législation française, car, tout en évitant le danger des manœuvres frauduleuses, des surprises, etc..., elles permettent de réparer une injustice avant la mort.

Droit international

En principe, les formalités de la reconnaissance sont soumises à la règle « *Locus Regit actum* ». Cependant, une distinction s'impose selon la nationalité de l'enfant et celle de l'auteur de la reconnaissance.

Ont-ils la même nationalité ; la reconnaissance pourra être faite suivant la *lex loci (locus regit actum)* (28), ou selon les formalités prescrites par leur loi nationale, puisque la règle *locus regit actum* est facultative. Mais, si l'auteur de la reconnaissance et l'enfant sont de nationalités différentes, le droit d'option disparaît : la règle *locus regit actum* devient obligatoire (29). C'est ainsi qu'on a déclaré exécutoire en France un jugement rendu en Espagne et approuvant une reconnaissance faite par acte sous seing privé, bien que l'art. 334 du Code civil français exige l'authenticité de l'acte (30). Un Français peut reconnaître, en Espagne, son fils français, par un acte sous seing privé (31). De même en Suisse, où la reconnaissance peut aussi être faite sous seing privé.

SECTION II

Du caractère personnel de la reconnaissance

La reconnaissance étant un aveu qui a pour but de constater une filiation, ne peut être faite que par le père pour la filiation paternelle, et par la mère pour la filia-

(28) Contra Niboyet, D. int. Pr. n° 647, 2^e édit. 1928, qui considère l'authenticité comme une règle de fond. Cass. req. 2 août 1897. Cl. 98, p. 127.

(29) Weiss, Dr. Int. Priv. 8^e édit. 1920, p. 513.

(30) Pau, 17 janvier 1872. S.-72-2-233 ; Pau 13 mai 1888, Cl. 93, p. 853. Paris, Ch. Réun. 24 fév. 1896, clun 97, p. 337.

(31) Weiss, op. cit. 8^e édit. 1920, p. 513.

D'autre part, de ce que la reconnaissance est une acceptation maternelle. Personne n'est mieux placé que le père pour constater volontaire des faits dont l'auteur doit supporter les conséquences, il s'ensuit qu'elle doit être faite par le père ou la mère. Mais, comme nous venons de le voir, cela ne s'oppose pas, à ce que la reconnaissance soit faite par mandat exprès et formel.

En France, ce principe que la reconnaissance doit être essentiellement personnelle, a donné lieu à une controverse qui date du commencement du XIX^e siècle. La divergence entre les auteurs est due à l'art. 336 du Code civil, qui déclare que la reconnaissance faite par le père sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. Les auteurs opposés à la thèse du caractère absolument personnel de la reconnaissance concluent *a contrario* que la reconnaissance faite par le père avec l'indication et l'aveu de la mère, a effet à l'égard de celle-ci.

La jurisprudence admet cette interprétation *sensu contrario* (1). Mais beaucoup d'auteurs pensent autrement (2).

(1) Cass. 22 juin 1813. S. 13. 1,281 ; Douai, 23 janv. 1819, S. 20-11-102 ; Cass. 26 avril 1824. S. 24-1, p. 317 ; Bordeaux, 19 janv. 1831. S. 31-11-231 ; Bordeaux, 15 février 1832-S-32-2-410 ; Paris, 15 décembre 1834, S-35-2-5 ; Paris, 20 avril 1839. S. 39-2-249 ; Paris, 21 novembre 1853. S. 56-2-719 ; Bordeaux, 27 août 1877. S. 1879-2-105 ; Nîmes, 15 février 1887. S. 1887-2-172.

(2) L'interprétation *a contrario* de l'art. 336 est acceptée par Toullier, op. cit., t. II, art. 336 ; Baudry Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. I, p. 432, n° 896, 12^e édition ; Favard de Langlade, Répertoire, V^o. Reconnaissance d'enfant naturel, Section I, § 3, art. 1^{er}, n° 4 ; Massoné, op. cit., p. 94 et suiv. ; Duranton, III, op. cit., n° 245 ; Demante, *Cours analytique de Code civil*, t. II, n° 64 bis.I, pp. 78 et 79, 2^e édit. ; Aubry et Rau, t. IX, p. 245, note 27. Elle est contestée par Demolombe, V, n°s 383 et suiv. ; Marcade, art. 3336 ; Laurent, op. cit., t. IV, p. 54 et suiv. ; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1477.

Ceux qui affirment que la reconnaissance faite par le père avec l'indication et l'aveu de la mère vaut à l'égard de celle-ci, prétendent trouver un appui à leur thèse dans les travaux préparatoires. Mais si l'analyse de ces travaux semble leur donner raison, cela est dû au manque de clarté.

Voyons les origines de l'article 336, dans les travaux préparatoires (3). Le texte primitif était conçu en ces termes : « Toute reconnaissance du père seul, non avouée par la mère, sera de nul effet, tant à l'égard du père que de la mère, sans préjudice néanmoins de la preuve de la maternité et de ses effets contre la mère seulement. » Mais on trouva cette disposition trop rigoureuse. Elle eût empêché la reconnaissance d'un enfant qui aurait eu pour mère une femme mariée, empêchement voulu pour l'honneur de la femme mariée. La folie ou la mort de la mère aurait aussi rendu impossible la reconnaissance.

En outre, c'était exiger trop que d'imposer à la mère d'affirmer qui est le père, puisque comme l'a très bien dit le Tribun Lahary : « La nature sur ce point, n'a fait, même à la femme, que des demi-confidences. » Pour ces raisons, cet article fût modifié. Maintenant un aveu tacite suffit. C'est le silence de la mère qui confirmera l'aveu du père. Le nouvel article dispose : « la reconnaissance du père si elle est désavouée par la mère, sera de nul effet ».

Non content de cette modification, qui faisait encore dépendre la reconnaissance de la volonté de la mère, le législateur en introduisit une nouvelle afin que la haine

(3) Locre, *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, t. VI, p. 30, art. 8, p. 126 à 137, nos 13 à 15, p. 148, art. 23, p. 163 à 166, nos 19 à 24, Paris, 1827.

de la mère envers le père, ou tout autre motif, ne pût pas empêcher le père de reconnaître son fils. Il le fit d'une manière très nette, dans le sens du caractère personnel de la reconnaissance, tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère.

La reconnaissance d'un enfant, dit le nouveau article, n'aura d'effet, qu'à l'égard de celui qui l'aura faite. Maintenant on en est arrivé au point le plus transcendantal — il s'agit de savoir quelles ont été les raisons de l'abandon de cette dernière conception pour celle de l'art. 336. Le silence qu'on trouve dans les textes nous oblige à faire appel à la logique. On ne peut pas concevoir que le législateur ait voulu maintenir dans une formule obscure telle que celle de l'art. 336 actuel, ce qu'il avait dit dans un article très clair, et que la plupart des Codes ont acceptés. La raison nous fait croire qu'il y a eu, dans l'esprit du législateur, un but à cette modification, et il n'est pas facile de le déterminer ; mais rien ne s'oppose à ce que l'interprétation *a contrario* de l'art. 336, soit faite. Des travaux préparatoires, on ne peut pas tirer un argument qui combattrait l'interprétation que la jurisprudence a faite. Au contraire, on pourrait soutenir que l'évolution de ces textes est en accord avec elle.

Au début, c'est la reconnaissance de la mère qui a eu l'importance primordiale. Son aveu donne la validité à la reconnaissance du père. Ensuite, la reconnaissance du père est valable si la mère ne le désavoue pas. Puis c'est l'égalité établie entre l'aveu de la mère et celui du père. Et finalement, c'est l'aveu du père qui a plus de crédit que celui de la mère. Nous voyons qu'il y a une évolu-

tion très nette en faveur de l'aveu du père (4). Néanmoins, des auteurs prétendent que l'art. 336 contient comme idée essentielle que la validité de la reconnaissance du père n'est pas subordonnée à l'indication et à l'aveu de la mère (5).

Mais le point faible des partisans de l'interprétation *a contrario* de l'art. 336, apparaît alors entre ce texte et l'art. 334 exigeant la forme authentique de la reconnaissance. Pour eux, en effet, l'aveu de la maternité ne serait soumis à aucune formalité (6); autrement, disent-ils l'inutilité de l'art. 336 serait manifeste, car, si l'aveu était formel il y aurait une nouvelle reconnaissance qui viendrait compléter la filiation de l'enfant, L'authenticité n'est donc pas nécessaire pour faire constater l'aveu de la maternité, lorsque la mère se trouve déjà désignée dans la reconnaissance du père (7). Et la jurisprudence admet, non seulement que l'aveu soit déduit de certains faits qui révèlent l'intention de la mère, mais aussi présume qu'il a eu lieu, « lorsqu'en raison de l'ancienneté des faits qui remontent à 85 ans, il est devenu impossible de l'établir par témoins », et aussi présume-t-elle que le mariage du père avec la femme qu'il a désignée comme la mère, aussitôt après les relevailles de

(4) Voir dans ce sens Massoné, op. cit., p. 99.

(5) Demolombe, p. 410, n° 384, t. V. Il réfute énergiquement ses adversaires, p. 406. « Voyez donc la conséquence de cette doctrine. Comment ! Vous permettez à un homme, au premier venu qui reconnaît un enfant naturel, vous lui permettez de désigner la femme qu'il prétend être la mère, lors même que cette femme, de son côté, n'a rien avoué encore, ni rien fait ! Vous le lui permettez, parce qu'il est possible que plus tard cette femme laisse échapper un écrit privé ou donne quelques soins à cet enfant ! Mais en attendant, la voilà déclarée mère d'un enfant naturel. La voilà compromise et flétrie. »

cette femme, a pour cause la naissance même de l'enfant (8).

Admettre cette interprétation de l'art. 336, c'est méconnaître l'esprit de la loi qui a voulu éviter les surprises et entourer la reconnaissance de certaines formalités afin qu'elle soit sincère. L'art. 334 vise la mère aussi bien que le père. Exclure la première serait le modifier profondément. Et si nous sommes obligés de respecter l'art. 334, c'est-à-dire le principe que la reconnaissance doit être sincère, l'art. 336 manque d'utilité, car l'aveu fait selon l'art. 334 constitue en lui-même une reconnaissance valable et indépendante de celle du père.

En outre, si le législateur a voulu que la déclaration du mari soit efficace lorsqu'elle est corroborée par l'aveu de la mère, pourquoi ne pas lui donner la même efficacité par la déclaration du médecin, de la sage-femme, etc., qui, ayant assistés à l'accouchement, savent bien qui est la mère ?

Et si l'aveu tacite suffit, selon la jurisprudence citée, n'est-ce pas admettre la possession d'état comme preuve de la filiation maternelle ?

On a répondu que la filiation résulte de l'acte de reconnaissance du père dans lequel la mère est indiquée, celle-ci ne fait que constater cette déclaration en traitant l'enfant comme sien (9). Mais qu'est-ce que la possession d'état pour l'enfant sinon le fait d'être traité comme tel par sa mère ? On serait ainsi induit à admet-

(6) Baudry Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, p. 432, n° 896.

(7) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, p. 245 *in fine*.

(8) Douai, 21 juillet 1905, D. 1906-II, p. 254.

(9) Bordeaux, 19 janvier 1830. Dalloz, au mot Paternité, n° 628.

tre l'absurde, à savoir que la désignation faite par un père adultérin ou incestueux avec l'aveu de celle-ci, serait efficace, lors même que la reconnaissance serait nulle à l'égard du père comme constatant une filiation adultérine ou incestueuse (10).

Enfin, Lahary, dans son rapport au Tribunat déclare que l'art. 336 consacre le principe que le père ne peut pas donner par sa reconnaissance un titre à l'enfant contre sa mère.

Bigot-Préameneu croit que la loi a voulu que l'aveu unique du père soit suffisant pour établir la filiation paternelle. Duveyrier est du même avis (11).

Toutes ces controverses n'existent pas dans les législations dont je vais parler. Les unes ont éclairé la question d'une manière directe en interdisant au père et à la mère de mentionner dans la reconnaissance le nom d'une autre personne ou quelque circonstance qui aiderait à ce qu'elle soit connue. Tel est l'avis du Code civil vénézuélien dans son art. 235, du Code civil espagnol art. 132.

Le Code civil brésilien garde le silence sur ce point, ce qui évite la confusion de l'art. 336 du Code civil français.

Remarquons aussi qu'en Angleterre, où la reconnaissance n'existe pas, le *registra* ne doit pas inscrire dans l'acte de naissance le nom du père, sauf s'il en est

(10) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, pp. 246, 247, note 28 ; Baret, *Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger*, p. 70, Paris 1872.

(11) Lahary, Rapport, n° 35 ; Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 36 ; Duveyrier, n° 46 ; Loqué, t. VI, pp. 265-215 et 324.

requis conjointement par la mère et le père prétendu, lesquels doivent signer ensemble au registre (12).

Dans le Code civil suisse, la question ne peut se présenter, car, comme nous l'avons dit, la filiation maternelle naturelle résulte du fait de la naissance et non de la reconnaissance. Mais faisons remarquer que ce Code et le décret-loi grec du 13 novembre 1927, art. 7 (13), admettent que l'enfant naturel soit reconnu par son grand-père paternel en cas de décès ou d'incapacité permanente de discernement du père. De cette façon on évite que certains enfants puissent rester sans être reconnus pour une raison contraire à la volonté du père. C'est une innovation heureuse qui est en accord avec le droit de succession arrêtant la vocation héréditaire à la troisième parenté (14).

Pour en finir, nous ferons remarquer que la législation hollandaise admet, dans l'art. 344, la reconnaissance faite par un tiers d'un enfant qui reçoit déjà de son père la pension alimentaire.

Droit international privé. — Toutes ces dispositions rentrent dans le *statut personnel* (15). Donc, si un Vénézuélien ou un Espagnol, en France, indique le nom de la mère, sa déclaration sera sans effet parce que les lois vénézuélienne et espagnole l'interdisent.

(12) Lehr, *Eléments de droit civil anglais*, éd., 1885, p. 15.

(13) Voir *Rev. de législation comparée*, année 1929, page 201.

(14) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 460.

(15) Voir Asser et Rivier, *Elément de dt. inter. de droit privé*, p. 127.

APPENDICE

De la participation de l'enfant à la reconnaissance

En France, sauf l'exception introduite par l'interprétation *a contrario* de l'art. 336, le principe que l'aveu est un acte personnel indépendant des tiers, persiste dans toute son extension. L'enfant ne joue aucun rôle dans l'acte de la reconnaissance, qui constitue un droit essentiellement personnel pour les père et mère. La législation vénézuélienne, aussi, exclut la participation de l'enfant dans l'acte de la reconnaissance.

Tout autre est l'avis de la législation brésilienne art. 362, C. c., et espagnole, art. 133, C. c., qui exigent le consentement de l'enfant lorsqu'il est majeur pour que la reconnaissance puisse être valable.

Il va sans dire, qu'étant donné le caractère essentiellement personnel du testament et le formalisme de sa confection, l'enfant ne peut pas intervenir lorsqu'il est reconnu dans un testament. Il pourra donner son consentement dans un autre acte, car la loi n'impose pas que la reconnaissance et l'acceptation soient contenues dans le même acte .

En Suisse, le consentement exprès de l'enfant n'est pas nécessaire, mais son consentement tacite est imposé par l'art. 305, car le seul fait d'alléguer que l'auteur de la reconnaissance n'est ni le père ni le grand-père, lui suffit pour s'opposer valablement à la reconnaissance.

De l'approbation judiciaire. — Lorsqu'il s'agit de la reconnaissance d'un mineur, le Code civil espagnol exige l'approbation judiciaire, après avis du ministère public,

si la reconnaissance n'a pas lieu dans un testament ou dans l'acte de naissance (art. 133). Mais faisons remarquer, dès à présent, que la validité de cette reconnaissance est soumise au consentement de l'enfant, car il pourra l'attaquer dans les quatre années qui suivront sa majorité.

SECTION III

Caractère déclaratif de la reconnaissance

La reconnaissance n'a pas pour but, comme l'adoption, de créer la filiation; elle ne fait que la constater.

Tant qu'elle n'a pas eu lieu la loi ignore quels sont les auteurs de l'enfant, mais cela n'implique pas l'inexistence de la filiation qui est le fait de la nature et non de la loi, qui résulte de la naissance même, et que la reconnaissance ne fait que déclarer (1).

Ce caractère déclaratif de la reconnaissance se comprend aisément sans qu'une disposition de la loi l'établisse d'une manière expresse. Néanmoins, le Code civil vénézuélien, dans son art 239, dit : « La reconnaissance est déclarative de filiation et ne peut pas être révoquée ».

a) Rétroactivité

La conséquence du caractère déclaratif de la reconnaissance, c'est sa rétroactivité. Une fois la reconnaissance faite l'enfant en acquiert son état tant pour le passé que pour l'avenir.

(1) Voir Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, 4^e édit., t. I, p. 284 ; Planiol et Ripert, op. cit., p. 494, n^o 1485 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 268 ; note 20.

La filiation produit tous les effets qu'elle aurait produits si elle avait été constatée dès la naissance (2).

C'est ainsi que le mariage contracté par deux personnes qui ignoraient le lien de parenté ou d'alliance existant entre eux, sera nulle si une reconnaissance postérieure au mariage viendrait constater un empêchement non dispensable et qui s'oppose à la validité de l'union. Mais, par contre, l'auteur de la reconnaissance ne peut pas invoquer que le mariage a été célébré sans son consentement et par conséquent demander sa nullité, car l'art. 159 du Code civil dispense du consentement des parents l'enfant dont les parents ne peuvent manifester leur volonté (3).

Il va sans dire que la rétroactivité produit ses effets tant à l'égard de l'auteur de la reconnaissance que de l'enfant. Aussi, l'auteur d'une reconnaissance posthume a le droit de réclamer la succession de son enfant, si un successible moins proche a acquis la succession (4).

Sont dignes aussi d'être tenues en considération les conséquences produites par la rétroactivité en matière de donation.

En France les effets produits par la rétroactivité ne sont pas aussi importants que dans d'autres législations telles que les législations espagnole et vénézuélienne.

Nous voulons faire ici, surtout, allusion à la révocation des donations par survenance d'enfant. Le Code

(2) Cic. Cass. 30 janv. 1883, S. 83. 1-193 ; Dijon, 26 déc. 1883, S. 1884, 2-163 ; Cass. 22 janv. 1884, S. 1884, 1-227 ; Dijon, 18 déc. 1891, S. 92-2-44.

(3) Aubry et Rau, op. cit., t. IX, pp. 268 et 269 ; Demolombe, op. cit., t. V, 257 ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 286 ; Planiol, Ripert et Rouast, *Traité pratique de droit civil*, t. II, n° 719.

(4) Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 286.

civil français, art. 960, déclare que toutes les donations entre vifs faites par des personnes qui n'avaient point d'enfants ou des descendants actuellement vivants dans le temps de la donation... demeureront révoquées de plein droit par la survenance d'un *enfant légitime* du donateur, même d'un posthume ou par la légitimation d'un enfant naturel par mariage subséquent. Or, comme nous voyons, cet article exclut de cette faveur l'enfant naturel reconnu mais non légitimé.

Par contre, le Code civil espagnol étend cette faveur à l'enfant naturel; son art. 644 déclare que toute donation entre vifs faite par des personnes qui n'avaient point d'enfants ni descendants légitimes ni légitimés par subséquent mariage, est révoquée par les faits suivants :

« 1° Si le donateur a, après donation, d'enfants légitimes, légitimés ou naturels reconnus, même s'ils sont posthumes. »

Le Code civil vénézuélien admet aussi la révocation de la donation par survenance d'enfant naturel, seulement à l'égard de la mère; naturellement, c'est la conséquence directe de l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime vis-à-vis de la mère. A l'égard du père, on exige que l'enfant survenu soit légitime ou légitimé, art. 1159.

Il faut remarquer qu'en droit espagnol et vénézuélien, pour ce dernier en ce qui concerne la filiation maternelle, si une donation est faite après la naissance, mais avant la reconnaissance de l'enfant, on ne pourra pas dire qu'il y a survenance d'enfant, car en vertu de la rétroactivité, la filiation est censée avoir été établie au jour de la naissance.

Mais au contraire, si la donation a été faite avant la naissance, mais après la conception, le donataire ne pourra pas invoquer l'existence de l'enfant conçu, car la maxime : « *infans conceptu pro nato habetur* », ne s'applique que tant qu'elle favorise l'enfant. En outre, la reconnaissance rétroagit seulement jusqu'au jour de la naissance. C'est à partir de la naissance que le lien de filiation s'établit. Le Code civil vénézuélien est formel sur ce point. L'art. 1161 déclare que la révocation peut être demandée même si au moment de la donation l'enfant était déjà conçu.

En droit brésilien, suisse et allemand, la révocation d'une donation faite par survenance d'enfant n'existe pas. En droit suisse, seule la promesse de donner qui n'a pas été exécutée peut être révoquée par la survenance de devoirs de famille nouveaux (art. 253, 3 C. O.).

Mais si l'enfant naturel ne peut pas invoquer la survenance d'enfant parce que le donateur avait d'autres enfants légitimes ou légalement reconnus au moment où la donation a été faite, ou parce que sa naissance a été antérieure à la donation, pourra-t-il exercer un droit de réserve sur les biens donnés avant sa reconnaissance ? (5).

Il n'y a pas lieu de faire de distinction entre les donations faites depuis la reconnaissance de l'enfant naturel et les donations antérieures à cet acte, car autrement la

(5) Par contre, l'incapacité de l'enfant naturel de recevoir de ses père et mère, à titre gracieux, s'appliquent aux donations faites par leurs parents avant leur reconnaissance. Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 719; civ. 22 janv. 1884. D. 84-1-117-S. 84-1-227. Dijon, 18 déc. 1891. D. 92-2-217. S. 92-2-44.

réserve de l'enfant naturel ne serait aliquote de celle de l'enfant légitime. D'autre part, le caractère déclaratif de la reconnaissance fait que les effets en remontent au jour de la naissance de l'enfant reconnu (6).

b) Irrévocabilité

La reconnaissance étant un aveu elle ne peut pas être révoquée sans cause légitime. Sur ce point tout le monde est d'accord. Mais lorsqu'elle est contenue dans un acte révocable, tel qu'un testament qui vient d'être supprimé par son auteur, tombe-t-elle du même coup ? Il y a une grande controverse à ce sujet.

En France, des jurisconsultes éminents ont des opinions tout opposées (7). Les partisans de la révocabilité de la reconnaissance contenue dans un acte révocable, tel que le testament, prétendent que la volonté de l'auteur de l'acte est de ne pas agir d'une façon définitive; c'est pourquoi, le plus souvent, lorsqu'un homme est dans l'incertitude de sa paternité, il choisit le testament qui lui permet de s'éclairer, d'acquérir une conviction sans être exposé à mourir avant d'avoir pu faire la reconnaissance d'une filiation qu'il croit cependant probable; qui lui permet aussi, le cas échéant, de supprimer la reconnaissance.

(6) Dans ce sens, Aubry et Rau, op. cit., t. 11, § 636, note 10 ; Demolombe, op. cit., t. XIX, 165 ; Duranton, VI, 311, in fine et 313 ; Toullier, op. cit., IV, 263 ; Loiseau, op. cit., p. 639.

(7) Partisans de la révocabilité. Loiseau, op. cit., pp. 468 et 469 ; Demolombe, op. cit., V, n° 455 ; Laurent, op. cit., IV, n° 85 ; Huc, op. cit., t. III, n° 78 ; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1494 ; Contra, Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 287 ; Rolland de Villargues, op. cit., n° 237 ; Duranton, op. cit., t. III, p. 219 ; Aubry et Rau, op. cit., 5568, quarter, t. IX, p. 261, note 1.

On ne peut pas ainsi proclamer l'irrévocabilité de la reconnaissance sans risquer d'attribuer à une personne une volonté qu'elle n'a pas eue.

D'autre part, si la reconnaissance testamentaire est irrévocable, rien ne s'oppose à ce que l'enfant puisse s'en prévaloir même avant la mort du testateur. Conséquence inadmissible si l'on pense que les clauses du testament ne produisent d'effet qu'après la mort du testateur (8).

L'opinion contraire, à notre sens, est d'une logique juridique plus solide, et semble l'emporter dans la plupart des législations modernes. Les partisans de l'irrévocabilité de la reconnaissance font une distinction entre le testament et la reconnaissance qu'il contient. Le testament comporte une disposition des biens et, comme tel, il est révocable, tandis que la reconnaissance qu'il peut consentir est un acte spécial qui n'est que la constatation d'un fait (9).

Pour soutenir cette thèse de l'irrévocabilité de la reconnaissance, nous croyons que l'on peut aussi prendre la question d'un autre côté. En France, c'est l'authenticité qui rend la reconnaissance valable, ce n'est pas le fait qu'elle est contenue dans un acte de disposition pour cause de mort. Si l'on admet la validité de la reconnaissance faite dans un testament public, c'est parce que cet acte est authentique. Or, du moment que la reconnaissance réunit toutes les conditions exigées par la loi, elle doit produire tous ses effets. Si le testa-

(8) Voir les auteurs cités, notamment Demolombe, *op. loc. cit.*

(9) Voir les auteurs cités.

ment vient à être révoqué son authenticité n'en a pas moins existé, et c'est elle qui a rendu la reconnaissance valable, non le testament.

De même ce n'est pas le contrat de mariage lui-même qui rend la reconnaissance valable, c'est son authenticité.

Au Vénézuéla, où la reconnaissance peut être faite par testament ordinaire, comme un testament spécial, la question de savoir si la reconnaissance contenue dans un testament est révocable ou non a été aussi discutée. Le commentateur du Code civil vénézuélien de 1896, Dominici, considère que la révocation du testament ne peut concerner que la disposition des biens et non la reconnaissance d'un enfant naturel qui est un aveu irrévocable. Il voit une analogie entre l'aveu de la filiation et l'aveu d'une dette faite dans un testament. Si le testament est révoqué, le créancier peut cependant se prévaloir de cet aveu. Il en est de même d'une reconnaissance faite dans un contrat de mariage qui n'est pas révoqué par le fait que le mariage n'a pas eu lieu (10). Si sa conclusion est vraie, ses analogies ne sont pas très convaincantes. Nous ne voyons plus d'analogie entre un contrat de mariage et un testament spécial, par exemple, l'un est un acte authentique, l'autre ne l'est pas. La reconnaissance faite dans un contrat de mariage est valable parce qu'elle est insérée dans un acte authentique. Tandis que la reconnaissance testamentaire n'est

(10) Dominici, *op. cit.*, t. I, p. 320.

valable que s'il y a testament; et si le testament est révoqué il n'existe pas ; il n'a eu jamais aucun effet.

Le Code civil vénézuélien de 1922 s'est prononcé en faveur de l'irrévocabilité de la reconnaissance. Il contient un nouvel art. 239, qui déclare que la reconnaissance ne peut pas être révoquée. Cette prohibition est générale et vise toutes les sortes de reconnaissances énumérées dans un article précédent (art. 232). Il ne faut donc pas faire sur ce point de distinction entre le testament et les autres actes.

Dans le projet du Code civil présenté aux Chambres en 1915, l'art. 238 était conçu en ces termes :

« La reconnaissance est déclarative de la filiation; elle ne peut être révoquée.

« Néanmoins, la révocation du testament emporte celle de la reconnaissance qu'il contient. »

Le Sénat rejeta cette dernière partie de l'art. 238 que l'on ne trouve ni dans le Code civil de 1916, ni dans celui de 1922, actuellement en vigueur.

L'intention du législateur n'est donc pas douteuse. Il a voulu que la reconnaissance testamentaire soit irrévocable quel que soit le sort de l'acte qui la contient valablement.

Les législations espagnole et brésilienne tranchent la question d'une manière expresse. L'art. 714 du Code civil espagnol, dit : « La reconnaissance d'un enfant illégitime naturel ne perd pas la force légale, même si le testament qui la contient est révoqué. » Le Code civil brésilien prévoit le cas dans une disposition plus large. L'art. 361 dispose que « la reconnaissance d'un enfant

ne peut être subordonnée à une condition ou à un terme ».

Nous croyons que si la reconnaissance contenue dans un testament pouvait être révoquée par la volonté du testateur, son existence serait soumise à une condition suspensive, consistant dans la mort du testateur avant la révocation.

Ces solutions adoptées par les Codes civils espagnol et brésilien, sont presque indispensables dans des législations qui limitent le droit de contester la reconnaissance. Le Code civil espagnol, art. 133, al. 3, et l'art. 362 du Code civil brésilien, déclarent que le mineur peut attaquer la reconnaissance dans les quatre années qui suivent sa majorité ou son émancipation (11).

Or, pour que cette contestation puisse avoir lieu, il faut que la reconnaissance soit connue autrement la faculté de contestation serait illusoire. Aussi, l'Ordonnance Royale (R. O.) du 5 mai 1917, décide que la reconnaissance contenue dans un testament sera inscrite au registre civil sans attendre le décès du testateur (12).

Le principe de l'irrévocabilité de la reconnaissance s'étend même au cas où le testament fait en temps d'épidémie ou en danger de mort, devient inefficace si deux mois sont échus depuis que le testateur est sorti du péril de mort, ou que l'épidémie a cessé (Code civil espagnol, art. 703). Ici, le testament existe, mais la loi présume que le testateur a révoqué son testament du fait qu'il ne l'a pas confirmé en le rédigeant ensuite dans la forme ordi-

(11) L'émancipation est seulement prévue dans le Code civil brésilien.

(12) Voir Rev. Gén. Lég. y jurisprud., 1917, pp. 274 et 131.

naire. En outre, en simplifiant la forme du testament fait en péril de mort ou en temps d'épidémie, le législateur a voulu éviter qu'une personne meure sans avoir pu donner son testament. Mais une fois cette situation exceptionnelle passée, si le testateur survit, rien ne s'oppose à ce que le testament soit révoqué de plein droit, parce que les circonstances ne nécessitent plus de dérogations aux règles ordinaires. Mais si cette révocation frappe le testament, elle laisse intacte la reconnaissance qui est essentiellement irrévocable.

En Suisse, les avis sont partagés sur cette matière. Rossel et Mentha se déclarent partisans de l'irrévocabilité de la reconnaissance faite dans un testament (13). Par contre, Egger et Gmür se prononcent pour la révocabilité de la dite reconnaissance (14).

(13) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 371.

(14) Gmür, art. 303, VII, 24; Egger, art. 303, cités d'après Decoppet, *op. cit.*, p. 71.

CHAPITRE II

ÉPOQUE DE LA RECONNAISSANCE

Quand peut-on reconnaître un enfant ? Celà est-il permis à toute époque ?

En principe, c'est l'affirmative qui prévaut. Cependant, nous allons voir que les législations ne sont pas tout à fait d'accord.

a) *Enfant conçu*. — Considérons d'abord la reconnaissance d'un *enfant conçu*. Nous croyons qu'en règle générale, même si les codes ne le déclarent pas expressément, on peut reconnaître un enfant conçu, par application de la maxime « *Infans conceptus pro nato habetur* ».

Le Code civil français est muet sur ce point, mais on s'accorde à considérer comme possible la reconnaissance d'un « *nasciturus* » (1).

La jurisprudence est fixée dans ce sens (2). Néanmoins, on a voulu voir dans l'art. 334 du Code civil français, un incompatibilité avec cette solution. L'article 334 déclare que, « la reconnaissance d'un enfant naturel ne

(1) Loiseau, op. cit., p. 421; Rolland de Villargès, op. cit., n° 247; Delvincourt, t. I, p. 391; Toullier, op. cit., t. II, n° 955; Duranton, op. cit., t. III, p. 211; Marcadé, op. cit., art. 334, n° 2; Demante, op. cit., t. II, n° 62 *bis*; Demolombe, op. cit., t. V, n° 414; Zachariae, § 568, texte et note 8; Aubry et Rau, op. cit., t. 9, p. 255; Planiol et Ripert, t. I, n° 148.

sera faite par un acte authentique que lorsqu'elle ne l'aura pas été dans son acte de naissance ». Cette disposition suppose que la naissance de l'enfant précède la reconnaissance. Il est certain qu'à s'en tenir au sens littéral de l'art. 334, on peut déclarer impossible la reconnaissance de l'enfant conçu.

Mais nous pensons qu'il faut considérer l'intention du législateur et nous croyons qu'il a voulu seulement, dans l'article 334, marquer qu'il préférerait la reconnaissance faite dans l'acte de naissance à celle faite postérieurement dans un acte authentique. Aussi, nous pensons que la reconnaissance d'un enfant conçu peut avoir lieu en droit français.

Le Code civil suisse garde aussi le silence sur ce point. Cependant la reconnaissance d'un *nasciturus* est unanimement admise, non seulement parce que l'on peut invoquer la maxime « *Infans conceptus pro nato habetur* », mais aussi parce que l'action en paternité peut avoir lieu avant l'accouchement de la mère (art. 308).

Le Code civil du Brésil déclare expressément que la reconnaissance peut être faite avant la naissance de l'enfant (art. 357, § unique Code civil brésilien).

Le Code civil espagnol ne prévoit rien à ce sujet. Mais ses commentateurs jugent que rien ne s'oppose à la reconnaissance du *nasciturus* (3). Si cette opinion est juste pour la reconnaissance faite par la mère, ou par le

-
- (2) Paris, 1^{er} février 1812, S. 12-2-161; Colmar, 11 mars 1819, S. 20-2-153; Metz, 19 août 1824, S. 25-2-296; Colmar, 25 janvier 1859, S. 59-2-279; Cass., 13 juillet 1886, S. 1887-1-65; Rouen, 20 déc. 1889, S. 1900-2-275; Req., 2 janvier 1895, D. 95-1-367, S. 95-1-115.
- (3) Voir notamment Sanchez Roman, Estudios, de Derecho civil, vol. 11, p. 1042; voir aussi Clemente de Diego, Derecho civil español, t. IV, pp. 366 et 367; Manresa, p. 540, t. I; *Comentarios al Código civil español*.

père et la mère ensemble, il nous semble qu'elle ne l'est plus quand il s'agit d'une reconnaissance faite par le père seulement.

En effet, l'art. 132 du Code civil espagnol, s'oppose à ce que le père ou la mère qui fait seul la reconnaissance, indique l'autre auteur de l'enfant. Comment le père reconnaîtrait-il un enfant seulement conçu puisqu'il lui est interdit de désigner la mère qui le porte. Nous croyons donc qu'un enfant conçu ne peut être reconnu que par sa mère ou par une déclaration simultanée de son père et de sa mère. D'autre part, pourrait-on être tenté de dire, quoique avec moins de fermeté, que ni le père ni la mère ne peuvent reconnaître l'enfant conçu. Et cela parce que la validité de la reconnaissance d'un enfant conçu est soumise aux conditions suivantes énumérées par l'art. 30, Code civil espagnol, il faut que le *fetus* ait figure humaine, et ait vécu 24 heures entièrement séparé du sein maternel. Donc, la reconnaissance ne peut pas être soumise à une condition, ce qui a été consacré implicitement par le Code civil espagnol, dans son art. 741, qui considère irrévocable la reconnaissance faite dans un testament, car autrement la validité de la reconnaissance serait soumise à une condition suspensive si le testateur meurt sans révoquer le testament. Mais nous croyons qu'ici il ne s'agit pas d'une reconnaissance, soumise à une condition, car la validité de la reconnaissance subsiste même si l'enfant est né mort ; mais bien entendu elle sera sans effet parce que l'enfant n'a pas pu transmettre ses droits. Mais cela n'empêche pas qu'un homme avoue qu'il est l'auteur de la grossesse d'une

femme. En reconnaissant un enfant conçu, il ne fait que déclarer que cet être en formation a été engendré par lui. Il n'a pas besoin de ratifier sa reconnaissance au moment de la naissance de l'enfant, car elle s'applique naturellement à l'enfant né vivant.

Le Code civil vénézuélien déclare que l'enfant naturel peut être reconnu par la mère à partir de la conception (art. 234). Il ne fait pas mention du père, et l'on doit en conclure qu'il n'admet pas que le père déclare la paternité avant la naissance. Du reste, l'art. 235 s'oppose à ce que l'auteur de la reconnaissance mentionne l'autre personne à qui appartient l'enfant. Or, il est certain que le père ne peut reconnaître un enfant seulement conçu sans désigner la mère. Nous avons vu que le même empêchement existe en droit espagnol.

Cette situation est vraiment fâcheuse ; on refuse au père un droit qui représente cependant, pour lui et pour l'enfant, plus d'utilité que celui qui est accordé à la mère. Si celle-ci meurt pendant la gestation, la reconnaissance qu'elle aura faite ne saurait produire aucun effet. Tandis qu'il n'en serait pas de même de la reconnaissance venant du père, dont la vie n'a plus d'influence sur celle de l'enfant dès la conception.

La faculté de reconnaître un *nasciturus* apparaît donc comme beaucoup plus utile si elle est accordée au père que si elle est accordée à la mère.

b) *Reconnaissance d'un enfant mort-né.* — Nous croyons qu'au moment de la naissance, on peut reconnaître un enfant mort-né. Il est vrai qu'une telle reconnaissance ne produira aucun effet juridique, surtout au

point de vue pécuniaire, mais rien ne s'oppose à ce que l'auteur de la grossesse, pour soulager la mère du mépris qu'elle risque de courir, vienne se déclarer père de l'enfant mort-né. Il n'y a pas lieu d'invoquer ici que le mari ne peut pas désavouer l'enfant mort-né, car cette prohibition tend simplement à empêcher d'établir qu'un enfant mort-né est adultérin, ce qui est considéré comme un scandale inutile.

c) *Reconnaissance d'un enfant décédé.* — Si toutes les législations sont unanimes à admettre que la reconnaissance puisse être faite pendant la vie de l'enfant, il n'en est pas de même si l'enfant est décédé.

Toutes les législations que nous étudions admettent la reconnaissance de l'enfant décédé, à la condition qu'il ait laissé des descendants. Le Code civil brésilien (art. 357) et le Code civil vénézuélien (art. 234), le déclarent expressément. Dans d'autres législations, cela est contenu implicitement dans les dispositions qui autorisent la légitimation après la mort de l'enfant, puisque la légitimation a comme précédent nécessaire la reconnaissance (4).

Enfin, le silence observé à ce sujet par d'autres législations nous fait penser qu'elles ne s'y opposent pas.

Mais la question est plus délicate lorsqu'il s'agit d'un enfant mort sans descendance. Dans ce cas, on est tenté de repousser l'idée d'une reconnaissance qui, n'ayant

(4) Voir dans ce sens, Loiseau, op. cit., pp. 444-445; Delvincourt, op. cit., t. I, p. 391; Duranton, op. cit., t. III, p. 264; Marcadé, op. cit., sur l'art. 334; Demolombe, op. cit., t. V, p. 416; Laurent, op. cit., t. IV, n° 43; Baret, op. cit., p. 73; Allard, *De la condition et des droits des enfants naturels*, thèse, Paris 1896, n° 98; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 285.

plus aucune utilité pour l'enfant, peut-être faite par des parents dénaturés, désireux de recueillir la succession de l'enfant qu'ils avaient abandonné.

Le Code civil brésilien tranche la difficulté dans son art. 357, qui n'autorise la reconnaissance que si l'enfant décédé a laissé des descendants.

Il ne saurait non plus y avoir de discussion dans le Code civil vénézuélien, très clair aussi sur ce point, et qui, adoptant une solution opposée au Code civil brésilien, déclare : la reconnaissance peut être faite après la mort de l'enfant (art. 234). Ce texte, ne faisant pas de distinction, autorise la reconnaissance de l'enfant décédé sans postérité quel qu'en soit le motif. « *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* »

Le Code civil suisse n'exigeant pas que l'enfant soit reconnu de son vivant, il en résulte que la loi ne s'oppose pas à ce qu'il soit reconnu après sa mort, même s'il ne laisse pas de descendance (5).

Le Code civil espagnol semble aussi admettre la reconnaissance de l'enfant décédé sans descendance, puisque, pour la légitimation du même enfant, il n'exige pas qu'il ait une postérité. Son art. 124 déclare : la légitimation des enfants décédés avant la célébration du mariage profitera à leurs descendants. »

Qu'entend cet article en parlant de légitimation d'enfants décédés ? Il ne peut s'agir que de leur reconnaissance, car celle-ci étant indispensable pour la légitimation, elle est le seul moyen de légitimer un enfant décédé. Il en résulte donc, que l'art. 124 veut dire qu'une fois

(5) Cependant la loi de Fribourg, art. 20 et de Vaud., art. 185, s'opposaient à cette reconnaissance s'il n'y a pas de descendance.

reconnus les enfants prédécédés, leurs descendants sont légitimés (6). Il est impossible d'interpréter cette disposition comme prohibant la légitimation des enfants morts sans descendants ; et si leur légitimation est permise, la reconnaissance, qui n'est qu'une partie de la légitimation, l'est à plus forte raison (7).

En France, au contraire, la question de savoir si l'enfant décédé sans postérité peut être reconnu, a donné lieu à de vives controverses, car la légitimation dans le même cas, n'est plus possible (art. 332 Code civil). Cependant, en considération du but de la reconnaissance, qui est la constatation du lien de filiation, la plupart des auteurs pensent qu'elle peut toujours avoir lieu, même après la mort de l'enfant ne laissant pas de descendance. C'est un droit qu'ont les père et mère d'établir leur paternité ou leur maternité (8).

Cette argumentation, bien que juridique et adoptée par la jurisprudence (9), est cependant rejetée par certains auteurs qui prétendent que la reconnaissance doit être repoussée lorsqu'il est établi qu'elle n'a pas d'autre motif que le désir des parents de recueillir la succession de leur enfant (10).

(6) Mucius Scaevola, *Codigo civil*, t. III, p. 134.

(7) Dans ce sens, Manresa, *op. cit.*, t. I, p. 540; Sanchez Roman, *op. cit.*, t. 2, p. 1042; Clément de Diego, *op. cit.*, t. IV, p. 367.

(8) Loiseau, *op. cit.*, pp. 444-445; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 416; Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 43; Huc, *Commentaires théoriques et pratiques du Code civil*, Paris, 1892, t. III, n° 76; Baret, *op. cit.*, p. 73; Allard, *op. cit.*, n° 98; Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 285; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1481.

(9) D. *Jurisprudence Gle Suppl.* V° Paternité, n° 209; Lyon, 26 fév. 1875, et Paris, 6 mai 1876, S. 77-2-209; Lyon, 26 fév. 1875 et Paris, 6 mai 1876, S. 77-2-18 et 19; Poitiers, 27 déc. 1882 D. 83-2-120, S. 82-2-188.

(10) Delvincourt, *op. cit.*, t. I, p. 391; Duranton, *op. cit.*, t. III, n° 265, ne l'admet que pour la mère; Demante, *op. cit.*, t. II, p. 114;

En outre, on invoque qu'on ne peut pas priver les tiers des droits qu'ils avaient déjà acquis (11). Mais il ne peut s'agir de droit acquis que si l'auteur de la reconnaissance est déclaré indigne ou a renoncé à la succession.

Parmi les adversaires de la reconnaissance d'un enfant décédé sans descendance, il y a certains auteurs qui admettent la possibilité de la reconnaissance dans le cas où l'enfant naturel ait laissé des frères et sœurs, car la reconnaissance pourra leur bénéficier du droit de succession établi par l'art. 766 (12).

En conclusion, nous croyons que la reconnaissance peut être faite à toute époque. Il est certain qu'il serait préférable d'interdire la reconnaissance faite dans l'unique but de recueillir une succession laissée par un enfant qui a vécu abandonné. Cependant, s'il n'y a pas eu de tardiveté fautive et que, par conséquent, rien ne nous autorise à affirmer que la reconnaissance a été faite dans le but de recueillir la succession, nous croyons qu'elle devrait être valable (13). Tel est notre désir, mais le législateur ne l'ayant pas imposé, nous croyons qu'on peut faire la reconnaissance d'un enfant décédé sans postérité, même si elle avait pour but de recueillir les biens laissés par l'enfant, car « le droit des parents s'attache à la filiation, au lien de parenté, et non à la reconnaissance qui n'en est que la constatation » (14).

Marcadé, op. cit., art. 334, n° 2; Aubry et Rau, op. cit., t. 9, § 568, p. 236, note 32; Zacharia, op. cit., t. IV, p. 66, note 17; Massonnié, op. cit., p. 48; Cass. Florence, ch. réun., 6 juillet 1886, S. 86-4-22; Douai, 20 juillet 1852, D. 53-2-50; Rouen, 20 décembre 1899, D. 01-2-71, S. 1900-2-275.

(11) Duranton, op. cit., t. I, n° 265.

(12) Aubry et Rau, op. cit., t. 9, p. 236, note 31.

(13) Dans ce sens, Massonnié, op. cit., p. 48.

(14) 24 Janvier 1902. Gaz. Trib., 7 Mai 1902.

CHAPITRE III

CAPACITÉ POUR RECONNAITRE

Nous avons vu que la reconnaissance ne fait que constater une filiation. L'aveu doit émaner d'une personne agissant avec discernement. Autrement on présumerait qu'il n'est pas l'expression de la vérité. Il faut que son auteur soit un individu conscient pour qu'on puisse croire qu'il est en accord avec la réalité. Il est unanimement admis que la reconnaissance faite par une personne sans discernement n'a aucune validité. Mais la divergence entre les auteurs apparaît lorsqu'il s'agit de savoir si les incapables énumérés par la loi peuvent reconnaître un enfant naturel.

Toute la difficulté git sur le point de savoir si l'incapacité est absolue ou relative. Si elle est absolue, on doit considérer l'incapable comme ne pouvant pas reconnaître valablement, tant que la loi ne l'autorise pas expressément. Si au contraire, l'incapacité est relative, elle n'empêchera pas l'incapable de faire une reconnaissance valable, à moins qu'un texte spécial ne le lui interdise.

Parmi les incapables figurent notamment :

a) *La femme mariée.* — L'article 1124 du Code civil français, proclame l'incapacité de la femme mariée dans les cas énumérés par l'art. 217. Nous voyons qu'il s'agit d'une incapacité relative, puisque la loi limite l'incapa-

cité à certains actes. Comme ne figure point parmi eux la reconnaissance d'un enfant naturel, nous devons admettre la capacité de la femme mariée à reconnaître son enfant naturel sans l'autorisation de son mari (1).

Cependant, on a soutenu l'opinion contraire, en raisonnant d'une manière inverse (2). On est parti de l'idée d'une subordination générale de la femme au mari, levée seulement dans les cas exceptionnels prévus par la loi. A notre avis, c'est un contre-sens que d'admettre l'incapacité comme règle et la capacité comme exception. Nous croyons que l'incapacité de la femme mariée n'est que relative. La femme mariée est une personne ayant la jouissance et l'exercice de ses droits dans les mêmes conditions que tout sujet de droit, sauf les restrictions contenues dans la loi, en raison de sa qualité d'épouse. Si la législation avait voulu frapper la femme mariée d'une incapacité absolue, elle se serait exprimé autrement. Elle aurait proclamé son incapacité générale, tout en lui accordant la capacité pour quelques cas déterminés. Mais dans l'art. 1124, elle a procédé de la façon inverse. Elle déclare la femme mariée incapable seulement pour les actes énumérés dans l'article 217.

D'autre part, l'art. 337 du Code civil déclare que la reconnaissance faite par la femme ne peut nuire au mari, ce qui suppose qu'il ne faut pas le concours du mari, car celui-ci est protégé contre cet acte qui ne produira pas

(1) Voir dans ce sens, Loiseau, *op. cit.*, pp. 476 à 477; Toullier, II, n° 961; Duranton, III, 257; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 388; Aubry et Rau, t. IX, par. 568, p. 231, noté 10; Baret, *op. cit.*, p. 72; Massonîé, *op. cit.*, p. 36; Planiol et Ripert, t. I, n° 1478; Colin et Capitant, t. I, p. 285.

(2) Laurent, t. IV, p. 61, n° 38.

d'effets nuisible à son égard. Si l'on admet que l'autorisation du mari est nécessaire pour que la femme puisse reconnaître son enfant naturel, l'art. 337, qui vise chacun des époux, serait inutile à l'égard de la femme, puisque dès lors le mari pourrait très bien éviter tout détriment, en n'autorisant pas sa femme.

Enfin, comme nous le verrons plus loin, la reconnaissance forcée obtenue par l'enfant qui a intenté une action en recherche de la maternité, établit le lien de filiation à l'égard de la mère, malgré la volonté contraire de son mari. Comment admettre que la loi ait exigé l'autorisation du mari pour que la femme puisse reconnaître son enfant, alors qu'elle n'a pas rendu son concours nécessaire dans la défense contre l'action en reconnaissance forcée, qui peut cependant lui être préjudiciable, puisque comme nous le verrons, elle ne doit pas être soumise à la disposition de l'article 337 du Code civil.

Les Codes civils vénézuélien et brésilien frappent aussi la femme mariée d'une incapacité relative, puisqu'ils la considèrent comme incapable pour certains actes énumérés dans les articles 181 et 182 du Code civil vénézuélien, et dans l'article 242 du Code civil brésilien. La reconnaissance ne figurant pas dans cette énumération, il faut en conclure que la femme peut, sans l'autorisation de son mari, reconnaître son enfant.

En outre, l'article 236 du Code civil vénézuélien, en interdisant que l'enfant naturel reconnu par l'un quelconque des conjoints, soit amené au domicile conjugal sans le consentement de l'autre, affirme implicitement le

droit que chacun des conjoints a de reconnaître librement ses enfants naturels.

L'art. 355 du Code civil brésilien admet aussi, implicitement, la capacité de la femme mariée à reconnaître son enfant naturel, car il déclare que « l'enfant illégitime peut être reconnu par ses père et mère conjointement ou *séparément*.

De même en droit espagnol, nous ne trouvons aucun texte exigeant l'autorisation du mari pour que la femme puisse reconnaître son enfant naturel. Le texte qui réclame le consentement du mari lorsque la femme demande la légitimation par « *concession real* » (article 125 du Code civil) aurait dû imposer la même condition pour la reconnaissance. Puisqu'il ne le fait pas, il faut en conclure que le législateur a considéré la femme comme capable de faire cette reconnaissance.

En Suisse, la question ne se pose pas, car la filiation naturelle maternelle s'établit par le seul fait de la naissance, et le Code civil traite les deux sexes (même lorsqu'il s'agit de la femme mariée), sur un pied d'égalité (3).

b) *Le mineur* est-il capable de reconnaître un enfant naturel ?

La controverse est la même que pour la femme mariée. Il s'agit de savoir aussi si le mineur est frappé d'une incapacité absolue ou relative. On peut invoquer les mêmes raisons que pour la femme mariée. L'article 1124 du Code civil français, déclare le mineur incapable de

(3) Art. 161-163-167-168-274, etc., du Code civil suisse.

contracter, mais l'article 1125 ajoute que le mineur ne peut attaquer, pour cause d'incapacité, un engagement de sa part, que dans les cas prévus par la loi. Or, n'ayant trouvé nulle part la reconnaissance, comme cas d'incapacité du mineur, on est obligé de considérer cette incapacité comme relative. Cependant, ici aussi, on a soutenu l'opinion contraire qui considère le mineur comme frappé d'une incapacité absolue. On a invoqué dans ce sens l'autorisation expresse que le Code civil lui accorde pour faire son testament (art. 904), et l'on en conclut que le mineur ne peut pas faire une reconnaissance d'enfant naturel, s'il n'est pas de même autorisé expressément par la loi (4). Mais il n'y a point de comparaison à faire entre un testament et une reconnaissance. Cette dernière concerne l'état de la personne, tandis que le testament intéresse le patrimoine. Le plus souvent, un testament n'est pas nécessaire, et ce sont les héritiers légaux qui seront appelés à la succession, en raison du lien de parenté. Tandis que la reconnaissance est indispensable, car, c'est le seul moyen donné au père ou à la mère naturelle pour établir le lien de filiation. Le testament est un acte qui peut ruiner la famille de son auteur ou la dépouiller de certains biens, c'est pour cela que la loi a établi l'incapacité absolue de tester jusqu'à l'âge de 16 ans. D'autre part, la reconnaissance est toujours

(4) Laurent, op. cit., t. IV, p. 67. Voir aussi M. Malpel, Rev. de législ., t. IV, p. 43. Celui-ci fait une distinction entre les filles et les garçons. Les premières, quoique mineures, peuvent faire la reconnaissance, parce que *mater semper certa est*. Tandis que les garçons sont incapable parce que la paternité est incertaine. Par ce raisonnement, on serait amené à la conclusion de refuser la reconnaissance même aux hommes majeurs.

dressée dans un acte authentique (art. 334, Code civil français).

Et si le législateur autorise le mineur à tester dès l'âge de 16 ans, pourquoi un mineur pubère ne pourrait-il pas faire une reconnaissance qui est un acte moins grave et pour lequel il est mieux protégé puisque la loi exige qu'elle soit faite dans un acte authentique ?

Enfin, supposons qu'une reconnaissance remplissant toutes les conditions de formes, ait été faite par un mineur. Comment ce mineur pourrait-il l'attaquer ? Par l'action en rescision (art. 1311) ? Non, car il devrait prouver qu'il a été lésé et cela n'est possible que lorsque la reconnaissance est mensongère ; comme telle, elle peut être contestée par l'auteur mineur ou majeur. Si, au contraire, la reconnaissance est l'expression de la vérité, on ne peut pas dire qu'il y a eu lésion par suite de l'accomplissement d'un devoir sacré qui ne fait que constater un lien déjà existant (5).

Par contre, un grave inconvénient résulterait de l'incapacité du mineur à reconnaître son enfant naturel, car personne durant sa minorité ne peut faire la reconnaissance, puisque, comme nous l'avons dit plus haut, la reconnaissance est un aveu essentiellement personnel. Ni son père, ni son tuteur ne pourront faire cet aveu à sa place. Ainsi, le mineur serait privé à la fois de l'exercice et de la jouissance de son droit. La jouissance d'un droit appartient cependant à toute personne sauf aux interdits légaux. Les interdits judiciaires eux-mêmes

(5) Voir cependant, Morelot. De la reconnaissance des enfants illégitimes, Paris, 1869, p. 223, qui limite les effets de la reconnaissance aux droits d'aliments.

n'en sont pas privés. Comment arriver à cette conclusion que le mineur ne peut pas jouir d'un droit sacré de reconnaître son enfant, alors que personne ne refuse le droit de jouissance à l'être le plus incapable qu'on puisse imaginer : l'enfant conçu ? Et si le mineur auquel on refuse la capacité meurt alors qu'il attend avec impatience sa majorité pour reconnaître son enfant, n'y a-t-il pas une injustice manifeste.

En droit vénézuélien, la question de l'incapacité du mineur se pose dans les mêmes conditions qu'en droit français. L'art. 1181 du Code civil, déclare incapables de s'engager dans les cas énumérés par la loi : 1° *Les mineurs*. Aucun texte du Code n'interdit au mineur de reconnaître son enfant naturel. Nous concluons qu'il a la capacité à cet effet. D'autre part, depuis le Code civil de 1916, la disposition qui n'accordait au mineur de faire une reconnaissance que par testament, a disparu (6). Cela nous confirme l'opinion que le mineur peut faire une reconnaissance sous les formes générales exigées par la loi.

Le Code civil espagnol ne contient aucune disposition interdisant au mineur de reconnaître son enfant naturel ; il faut en conclure que le mineur a pleine capacité pour cela (7). D'autre part, le mineur pouvant tester à partir de l'âge de 14 ans, art. 628, sauf dans la forme olographe, il s'ensuit qu'il pourra aussi à cet âge reconnaître son enfant naturel.

(6) Cette disposition existait depuis le Code civil de 1873, art. 208, al. 2.

(7) Voir dans ce sens Sent., 12 juin 1885, cité par Démofilo de Buen, *Curso elemental de Derecho civil*, par A. Colin et Capitant, Madrid, 1926, t. I, p. 603.

Par contre, au Brésil, sont considérés comme absolument incapables de faire personnellement les actes de la vie civile : 1° les mineurs de 16 ans (art. 5). Mais la personne âgée de plus de 16 ans et de moins de 21 ans n'est frappée d'incapacité que pour certains actes. Or, dans l'énumération de ces actes, ne figure pas la reconnaissance ; ce qui nous conduit à penser que le mineur peut l'effectuer dès l'âge de 16 ans.

Le Code civil suisse exige seulement que l'auteur de la reconnaissance soit capable de discernement (argument, art. 302) ; peu importe qu'il soit majeur, mineur ou interdit, et dans ces derniers cas, il n'est pas besoin d'une autorisation quelconque (article 19, al. 2). Faute de discernement, le grand père paternel pourra faire la reconnaissance (article 302).

c) *L'interdit*. — L'interdit peut aussi reconnaître son enfant naturel dans un intervalle lucide. Nous avons vu qu'en Suisse le grand père paternel peut, dans le cas où l'interdit est sans discernement, faire la reconnaissance.

Cependant, l'art. 502 du Code civil français et l'art. 432 du Code civil vénézuélien, déclarent que tous les actes passés par l'interdit postérieurement au jugement d'interdiction, sont nuls de droit. Mais ces articles visent seulement les actes touchant les intérêts pécuniaires de l'interdit contre lesquels la loi veut le protéger. Or, l'objet de la reconnaissance étant de donner à l'enfant un état, nous pensons que ces dispositions ne lui sont pas applicables (8).

(8) Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 60, n° 36.

De même l'art. 503 du Code civil français, et 434 du Code civil vénézuélien, qui prévoient la possibilité d'annuler les actes antérieurs à l'interdiction, si la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits, ne seront pas applicables, si les tribunaux constatent que la reconnaissance a été faite dans un intervalle lucide.

Enfin, l'article 504, Code civil français, et 435 du Code civil vénézuélien, ne permettent aux héritiers d'attaquer les actes du défunt pour cause de démence, qu'autant que son interdiction avait été prononcée ou provoquée avant son décès. Ces textes ne concernent que les actes d'ordre pécuniaire. Aussi, ils n'empêcheraient pas d'attaquer pour cause de démence, la reconnaissance faite par le défunt, bien que l'interdiction n'eut pas été demandée avant sa mort.

d) *Personnes placées sous Conseil pour cause de faiblesse d'esprit.* — Ces personnes sont frappées d'une incapacité relative. Donc, tant que la loi ne le leur interdit pas expressément, elles peuvent reconnaître leurs enfants naturels.

DROIT INTERNATIONAL

Le droit de reconnaître un enfant naturel est un droit naturel qu'a tout homme, quelle que soit sa nationalité. C'est un droit de la même catégorie que le droit de se marier. Il suffit à tout homme, pour exercer l'un et l'autre, de remplir les conditions de fond et de forme exigées par sa loi nationale.

Ainsi, un hollandais en France ne pourra pas reconnaître son enfant naturel avant d'avoir atteint l'âge de 19 ans (art. 337) (9), ni un brésilien avant l'âge de 16 ans (art. 5, Code civil). Un suisse, en France, pourra reconnaître le fils naturel de son fils (art. 303, Code civil suisse).

A l'inverse, un français, mineur de 19 ans, en Hollande, et mineur de 16 ans au Brésil, pourra reconnaître son fils, pourvu qu'il agisse avec discernement.

Mais que décider d'une reconnaissance faite par un anglais en France ? Nous savons que la législation anglaise ne connaît pas la reconnaissance. Est-ce que l'absence de cette institution en Angleterre sera une raison suffisante pour enlever à un anglais, le droit de reconnaître en France, son enfant naturel ?

La doctrine et la jurisprudence (10) françaises, sont de cet avis, parce que l'état et la capacité de l'anglais domicilié en France, sont régis par la loi anglaise. Cependant, les jurisconsultes anglais (11) se prononcent en sens contraire. Ils font valoir pour cela que le statut personnel d'un anglais se détermine par la loi de son domicile et non par sa loi nationale. En outre, ils font remarquer que la loi anglaise ne s'oppose pas à la reconnaissance faite par un anglais à l'étranger.

En Espagne et au Vénézuéla, où, comme nous l'avons vu, le mariage contracté par une personne ordonnée *in*

(9) Weiss, op., 8^e édit., 1920, p. 513.

(10) Laurent, Principes de droit int. privé, p. 538; Despagnet, 1909, p. 831, 5^e édit.; Weiss, 1920, p. 513, 8^e édit.; Cass., 2 août 1897; Clunet, 98, p. 127.

(11) Dicey et Stocquart, le Statut personnel anglais, t. I, p. 317; Phillimore, *Private international law*, t. VI, p. 281.

sacris est interdit, la reconnaissance de l'enfant sacrilège est aussi interdite. En France, au contraire, où le mariage contracté par un ordonné *in sacris* est valable (12), il n'y a pas d'enfants sacrilèges. Est-ce qu'un vénézuélien ou un espagnol pourra reconnaître en France un enfant sacrilège ? Non, car sur ce point, on doit observer la loi nationale. Cependant, la reconnaissance d'un enfant sacrilège faite par un français en Espagne ou au Vénézuéla, doit aussi être tenue pour nulle, car alors l'ordre public s'y oppose. Les mêmes solutions sont applicables aux enfants adultérins et incestueux (13).

(12) Voir ci-dessus, p. 29.

(13) Dans ce sens, Weiss, 1920, p. 512, 8^e édit.; Despagnet, *Droit international privé*, 1909, p. 832, n^o 273, 5^e édit.; Pillet et Nilboyet, 1928, n^o 649, 2^e édit.; voir cependant Fiore, T. de droit intern., p. 263.

CHAPITRE IV

CARACTÈRE RESTRICTIF DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE RESTRICTION DE L'ARTICLE 337

Sans vouloir considérer ici les conséquences de la filiation naturelle, ce que nous ferons dans la deuxième partie de notre étude, nous dirons que les effets produits par la reconnaissance sont opposables *erga omnes*. Le jugement de rectification d'une reconnaissance contenue dans un acte de l'état civil incorrect aura de même un effet absolu (1).

Aussi, la reconnaissance intéresse non seulement l'enfant et son auteur, mais aussi les tiers. Cela est unanimement accepté par toutes les législations qui font l'objet de notre étude.

Cependant, le Code civil français prévoit un cas où l'effet de la reconnaissance n'est que relatif. L'art. 337 déclare : « La reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son époux, ne pourra nuire ni à celle-ci, ni aux enfants nés de ce mariage. Néanmoins, elle produira son effet après la dissolution du mariage s'il n'en reste pas d'enfant. »

La raison d'être de cet article repose sur l'harmonie

(1) Paris, 10 février 1898, D. 1900, 2-5.

qui doit régner dans la famille, base de toute Société (2). Autrement, dit Bigot Préameneu, l'un des époux pourra changer, après son mariage, le sort de la famille légitime, en y appelant des enfants naturels qui demanderaient une part dans les biens. Ce serait violer la foi sur laquelle le mariage a été contracté. » On peut voir, dans ces paroles, quelle fût l'intention du législateur en édictant l'art. 337. Il s'agit bien d'une disposition introduite en faveur du conjoint et des enfants nés du mariage. La restriction ne concerne point les tiers pour lesquels la reconnaissance faite pendant le mariage produit tous ses effets. Mais nous ne pouvons comprendre parmi les enfants, au profit de qui intervient l'art. 337, les enfants légitimés, puisque le texte dit expressément « enfants nés de ce mariage » (3).

D'autre part, cette restriction établie au profit du conjoint et des enfants légitimes ne saurait leur être opposée ; ils pourront invoquer les effets de la reconnaissance, s'ils le veulent (4).

Pour que la reconnaissance soit frappée par l'art. 337, il faut qu'elle ait lieu dans les *conditions* suivantes :

1° *Quelle soit faite pendant le mariage.* — Peu importe qu'elle reste si elle est faite avant que l'autre conjoint en ignore l'existence ou même qu'il s'agisse d'un *nasciturus* qui viendra au monde pendant le mariage. Sans doute, le danger que le législateur a voulu éviter, réappa-

(2) Marcadé, t. II, p. 57 et S. (art. 337, n° 4) ; Demolombe, t. V, n° 460.

(3) Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 862 ; voir en sens contraire Loiseau, op. cit., p. 438 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 263, note 4 ; Massonié, op. cit., p. 178.

(4) Planiol, Ripert et Rouast, op. loc. cit.,

rait alors, mais on ne peut pas priver l'enfant des droits qu'un acte irrévocable lui a donné.

De même, la reconnaissance faite après la dissolution du mariage, produit tous ses effets. Une fois le mariage dissous, la crainte qui a motivé la restriction de l'art. 337, n'existe plus (5).

En vain Delvincourt prétend s'opposer à cette conclusion, en déclarant que si le but unique du législateur avait été d'empêcher que la paix du ménage ne fût troublée, il aurait annulé la reconnaissance dans l'intérêt du conjoint seulement, ou, plutôt, il aurait absolument défendu toute reconnaissance pendant le mariage. Nous croyons que si le législateur a tenu compte de l'enfant, c'est parce que son intérêt est en union intime avec celui de la mère. Le préjudice causé à l'enfant légitime atteint sa mère. Et d'autre part, il ne devait pas refuser à l'homme le droit sacré de reconnaître son enfant. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était restreindre les effets de la reconnaissance, en faveur d'une cause plus importante que celle de l'enfant naturel, celle de la famille. Et l'intention du législateur est bien nette, car il a supprimé une disposition qui figurait dans le projet du Code et qui prohibait la reconnaissance, après la dissolution du mariage, des enfants naturels procréés avant sa célébra-

(5) Loiseau, op. cit., p. 410; Duranton, op. cit., t. III, n° 254; Toul-
lier, op. cit., t. II, n° 959; Proudhon, op. cit., p. 147; Marcadé,
op. cit., art. 337, n° 4; Demante, op. cit., t. II, n° 65 *bis*; Aubry
et Rau, t. IX, p. 266, note 15; Demolombe, op. cit., t. V, n° 461;
Baudry et Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 929; Planiol, Ripert
et Rouast, n° 864; D. J. gle Paternité, mot., n° 570; Paris,
23 janv. 1860, S. 60-2-118; Douai, 26 fév. 1903, D. 1904-2-385;
Paris, 15 juil. 1915. Gaz. Trib., 11 sept. 1915.

tion, toutes les fois qu'il resterait des enfants légitimes postérieurs aux enfants naturels (7).

Nous concluons de tout cela qu'il est impossible de faire une reconnaissance après la dissolution du mariage sans qu'elle soit frappée par la restriction de l'article 337.

Cette solution, qui est tout à fait en accord avec les termes de l'article 337, produit une véritable injustice. L'enfant reconnu pendant le mariage, ne pouvant être reconnu de nouveau après la dissolution du mariage, va se trouver dans une situation défavorable par rapport à ceux qui ont été reconnus après la dissolution (9). Nous ne pouvons pas comprendre cette inégalité entre des enfants naturels, d'autant plus, que les circonstances permettent de supposer une préférence de l'auteur pour l'enfant qu'il reconnaît pendant son mariage, craignant de mourir avant la dissolution du mariage sans avoir fait cette reconnaissance. Et l'on pourrait dire, par contre, que cette disposition de la loi peut devenir un instrument d'injustice pour le père et la mère qui voudra établir une inégalité entre ses enfants. Il lui suffira de reconnaître pendant son mariage les enfants les moins aimés et après la dissolution, les enfants préférés, qui auront en tout cas l'action en recherche de la paternité si l'au-

(7) Dans ce sens aussi, Richefort, II, n° 282.

(8) Fenet, II, p. 67; Locré, VI, p. 31.

(9) Dans ce sens, Loiseau, op. cit., p. 440, et Toullier, op. cit., t. II, n° 989; Cadrés, *Traité des enfants naturels*, p. 40; Duranton, op. cit., t. III, n° 254; Marcadé, op. cit., sur l'art. 337, n° 4; Demante, op. cit., t. II, 65 *bis*; Demolombe, op. cit., t. V, n° 461; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 266, note 15; Laurent, op. cit., t. IV, p. 195; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 929; Massonnié, op. cit., p. 175 et s.; Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 864; Paris, 23 janv. 1860, S. 60-2-118; Caen, 19 janv. 1867, D. 68-2-86.

teur prédécède son conjoint. D'autant mieux qu'en France, l'enfant ne peut s'opposer (10) comme il le peut en Espagne ou au Brésil, à ce que sa filiation soit constatée pendant le mariage, afin d'échapper à l'application de l'art. 337.

D'autre part, personne ne nie que l'enfant reconnu pendant le mariage, puisse être légitimé après la dissolution de ce mariage, par l'union légitime subséquente de ses auteurs. L'art. 337 serait ainsi tourné en dérision.

Cependant, on est d'accord pour admettre que la seconde reconnaissance faite après la dissolution du mariage, d'un enfant reconnu après sa célébration, est nulle, comme étant frauduleuse (11).

Mais la confirmation faite pendant le mariage d'une reconnaissance antérieure, n'est pas soumise à la restriction de l'art. 337 (12).

2° L'enfant reconnu pendant le mariage par l'un des époux doit être né d'un autre que de son époux. — Cela est admis unanimement, car la raison d'être de l'article 337, disparaît du moment que l'enfant appartient aux deux époux. L'harmonie du ménage ne risque pas d'être brisée, puisqu'il s'agit d'un enfant commun.

Il suffit que le double lien de filiation soit légalement constaté pour que l'application de l'art. 337 soit écartée.

(10) Pau, 17 janv. 1872, S. 72-2-233; Douai, 29 janv. 1879, S. 79-2-195.

(11) Marcadé, op. cit., sur l'art. 337, n° 5; Demolombe, op. cit., t. V, n° 462; Massonnié, op. cit., p. 177; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 929; Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., p. 728, note 3.

(12) Richefort op. cit., t. II, n° 280; Demolombe, op. cit., n° 464; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 266, Baret, op. cit., p. 87; Massonnié, op. cit., p. 177; Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 863.

Peu importe l'époque de cette constatation. Elle peut être faite avant, pendant le mariage, ou après sa dissolution.

Mais si, tant qu'il s'agit d'un enfant appartenant aux deux conjoints, il y a unanimité pour admettre n'importe quel moyen de constatation de la filiation, une controverse éclate, lorsque l'enfant n'appartient qu'à l'un des conjoints, sur le point de savoir si l'article 337 ne vise que la reconnaissance volontaire, ou s'il s'applique aussi à la reconnaissance forcée. Les avis sont partagés. D'une part, on invoque que le législateur, en plaçant les articles 340 et 341 qui visent la reconnaissance forcée, sous la rubrique « de la reconnaissance », a compris aussi bien la reconnaissance volontaire que la reconnaissance judiciaire (14). Ce raisonnement, non seulement se heurte à ce que l'article 337, étant une exception, doit être interprété d'une manière restrictive, mais aussi à ce que ce texte parle d'une reconnaissance faite pendant le mariage *par l'un des époux* », ce qui implique qu'il s'agit d'une reconnaissance volontaire.

On a prétendu aussi qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre la reconnaissance volontaire et forcée, car les effets de la filiation sont indépendants du moyen employé pour sa constatation.

Mais ce raisonnement, juste en principe, ne peut s'appliquer à une exception comme celle de l'article 337, qui tend à assurer la protection de la famille contre la déloyauté d'un des époux. Or la déclaration de paternité

(14)Locré, art. 337; Loiseau, pp. 435 et 436; Delvincourt, t. I, p. 242; Toullier, t. II, p. 930; Duranton, t. III, pp. 248 et 249; Marcadé, art. 337, n° 6; Demolombe, t. V, n° 467 et 468; Aubry et Rau, t. IX, p. 265, note 14; Baudry-Lacantinerie, n° 929, p. 453.

ou de maternité, à la suite d'une recherche intentée par l'enfant, ne dépend pas de la volonté de l'un des conjoints. On ne peut donc pas dire que la foi sur laquelle le mariage a été contracté a été violée.

Enfin, c'est le respect de l'article 337 qu'on invoque. On ne peut pas admettre, argumente-t-on, que cette disposition soit tournée par une entente entre l'enfant et son auteur qui lui fournirait des preuves suffisantes pour intenter une action et établir la filiation. Nous pouvons d'abord riposter par un argument du même ordre, en invoquant la crainte d'une manœuvre de l'auteur de l'enfant, qui, redoutant une action en recherche de paternité ou de maternité, pouvait en rendre les effets dérisoires en se mariant. Mais faisons valoir qu'une distinction s'impose ici, entre les preuves qui ont une origine antérieure au mariage et les preuves qui sont nées pendant le mariage. L'argument invoqué ne vaut que pour ces dernières.

Nous concluons donc que l'art. 337 ne doit point s'appliquer à la reconnaissance forcée, mais seulement à la reconnaissance volontaire (15).

(15) Voir dans ce sens, Demante, *op. cit.*, t. I, n° 72 *bis*; Touillier, *op. cit.*, t. II, n° 958; Duranton, *op. cit.*, t. III, n°s 255-256; Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 130; Huc., *op. cit.*, t. III, n° 97; Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 934; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 352; Planiol, Ripert et Rouast, *op. cit.*, n° 866; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1504; Contra-Loiseau, *op. cit.*, p. 437; Delvincourt, *op. cit.*, t. I, p. 399; Marcadé, *op. cit.*, art. 337, n° 7; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, p. 267, notes 17 et 18; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 466; Baret, *op. cit.*, p. 155. La jurisprudence aussi est de l'avis de ces derniers. Cass., 19 nov. 1856, S. 57-1-97, D. 56-1-412; Cass., 16 déc. 1861, S. 62-1-420, D. 62-1-39; Pau, 28 juin 1864, D. 64-2-158, S. 64-2-246; Douai, 14 déc. 1864, S. 65-2-617; Bordeaux, 25 mai 1892, D. 94-2-50; Grenoble, 20 nov. 1894, D. 95-2-345; Grenoble, 26 juin 1895, D. 96-2-139; Douai, 26 fév. 1903, D. 1904-2-385, S. 1905-2-145; Paris, 15 juil. 1915, D. 1920-2-95; Req., 19 fév. 1923, D. 1924-1-46, S. 1923-1-224.

Nous ne reviendrons pas sur ce point, lorsque nous ferons l'étude de la reconnaissance forcée. Nous le donnons pour établi.

Assiette de la restriction. — L'art 337 déclare que la reconnaissance faite pendant le mariage ne pourra nuire ni au conjoint, ni aux enfants légitimes de ce mariage. Ici le mot nuire ne s'entend que des droits patrimoniaux. C'est ainsi que l'enfant naturel, légalement reconnu pendant le mariage, ne pourra pas prétendre aux droits successoraux que l'article 758 lui accorde, car les enfants légitimes ou le conjoint en subiraient un préjudice (16). Pour le conjoint, il y a partage d'avis lorsqu'il s'agit de savoir si les libéralités reçus par lui au cours du mariage, peuvent être réduites par l'enfant naturel reconnu pendant ce mariage, comme excédant la quotité disponible. Certains auteurs inclinent en faveur du droit de réduction au profit de l'enfant, car il s'agit des donations qui n'ont pas été faites dans le contrat de mariage et qui, par conséquent, n'ont pas été reçues par l'époux en sa qualité de conjoint, mais comme simple donataire (17). Mais nous croyons que les libéralités faites pendant le mariage au profit de l'un des époux par l'autre, l'ont bien été en considération de sa qualité d'époux. On ne peut pas comparer le conjoint donataire, à un simple donataire, d'autant plus que la loi fait une distinction entre les donations entre époux, qui sont révocables, et les donations

-
- (16) Demolombe, t. V, nos 474 et 475; Aubry et Rau, t. IX, p. 263, note 6.
(17) Marcadé, op. cit., sur l'art. 337, n° 23; Demolombe, op. cit., t. V, p. 476; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, pp. 263-264, note 8; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 931, 3°.

qui ont pour caractéristique l'irrévocabilité. En outre, nous pensons que le droit de l'enfant à prétendre réduire ces libéralités reposerait sur la reconnaissance faite pendant le mariage du donataire laquelle ne peut pas nuire à son conjoint (18).

Quant au droit pour l'enfant d'obtenir des aliments, tout dépend du critérium que nous aurons de la dette alimentaire. Si c'est une obligation sacrée comme l'ont prétendu Marcadé et Duranton (19), nous croyons qu'un texte de loi ne saurait y porter atteinte; l'enfant pourra toujours demander aliments sur les propres de son auteur, et, s'il s'agit du père, il pourra poursuivre la communauté pour le paiement de la dette alimentaire, car le mari en est le seigneur et maître.

Par contre, si c'est un droit purement pécuniaire nous croyons qu'il n'est possible de l'exercer dans aucun cas, car l'autre époux ou les enfants du mariage en seraient lésés, même si la charge alimentaire est infime eu égard à la situation économique du débiteur. On ne peut pas nier que si l'enfant naturel puise dans le patrimoine de l'un des époux la dette alimentaire, la succession à recueillir par les enfants légitimes et par le conjoint sera réduite d'autant. Cependant la majorité des auteurs (20), sans tenir compte du caractère de la dette alimentaire admettent le droit de l'enfant naturel

(18) Duranton, *op. cit.*, t. VI, n° 253; Laurent, *op. cit.*, t. IV, n° 132; Huc, *op. cit.*, t. III, n° 99.

(19) Voir aussi Delvincourt, *op. cit.*, t. I, p. 90, note 12; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, p. 265, note 13.

(20) Loiseau, *op. cit.*, p. 435; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 472; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, pp. 264-265, notes 11 et 12; Baret, *op. cit.*, p. 86; Contrà, Baudry-Lacantinerie, *op. cit.*, t. I, n° 931, n° 4.

à poursuivre pendant le mariage le paiement de la dette alimentaire sur tous les biens propres de son auteur et, si c'est le mari qui l'a reconnu, sur les biens de la communauté qui toujours se confondent avec ses biens propres. Voire même sur les biens personnels de la femme mariée sous le régime de la communauté (art. 1401, 2°), sous le régime d'exclusion de communauté (art. 1530) et sous le régime dotal (21).

Quid de la capacité de l'enfant de recueillir des libéralités ? Attendu que l'enfant naturel reconnu aux termes de l'art. 337, n'a aucun droit dans la succession de son auteur on a prétendu que l'art. 908 s'oppose à ce que l'enfant reçoive des libéralités, car il ne peut pas recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui lui est accordé au titre *Des successions*. Mais, pour nous, l'art. 337 ne vise que les droits de son état d'enfant naturel, et rien ne s'oppose à ce qu'il reçoive par la volonté du père des libéralités. Si un étranger peut recevoir dans les limites de la quotité disponible, à plus forte raison l'enfant le pourra dans les limites imposées par l'art. 908. Le conjoint et les enfants légitimes du défunt ne pourraient pas considérer que le préjudice matériel subi par les libéralités faites à l'enfant, reposent sur la reconnaissance faite pendant le mariage et par conséquent se prévaloir de l'art. 337, qui s'oppose à ce que cette reconnaissance puisse nuire au conjoint ou aux enfants nés du mariage. Le préjudice souffert est dû au pouvoir que le défunt a de faire des libéralités dans les limites déterminés par la loi.

(21) Dans ce sens, Demolombe, op. cit., n° 473; Aubry et Rau, op. loc. cit.

Finalement, si le raisonnement de ce que l'enfant naturel frappé par l'art. 337 ne peut pas recevoir des libéralités peut-être invoqué pour les donations entre vifs, il n'a aucune valeur pour les legs, car ils sont limités en tenant compte de la part héréditaire de l'enfant légitime le moins prenant (art. 908, 2^e al.).

Nous concluons par admettre l'application de l'art. 337, seulement si l'auteur de la reconnaissance meurt sans avoir fait aucune libéralité. Dans ce cas l'enfant reconnu pendant le mariage ne pourra se prévaloir de sa condition d'enfant naturel du défunt pour prétendre à une part de la succession car l'art. 337 s'y opposerait (22).

Si l'art. 337 ne vise que les droits patrimoniaux de l'enfant, *ses droits extra-patrimoniaux* restent intacts. C'est ainsi qu'il pourra porter le nom de son auteur, être soumis à sa puissance paternelle, etc., etc. En outre, l'enfant a un droit latent, l'apparition duquel dépend de la disparition du conjoint et de ses descendants légitimes (art. 337, 2^e al.) (23). Si cette condition s'accomplit, la reconnaissance sera exonérée de la restriction de l'art. 337 et l'enfant aura les mêmes droits accordés par la loi aux autres enfants naturels.

Jusqu'à présent, nous avons supposé que l'enfant est né avant le mariage. Mais *quid de l'enfant conçu avant le mariage et né pendant celui-ci* ? Nous croyons qu'il

(22) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 932; Cass., 28 mai 1878; Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 861; Contrà Massonnié, op. cit., p. 187; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 264, note 9; Demolombe, op. cit., t. V, n° 475 *in fine*; Demante, op. cit., t. II, n° 65 *bis*, n° 3; Baret, op. cit., p. 86; Poitiers, 5 mai 1858, S. 58-11-420.

(23) Voir Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 865.

échappe à l'application de l'art. 337, car les mots : « Enfant eu avant le mariage d'un autre que de son époux » excluent le *nasciturus*. Le mot « eu » implique existence, naissance, et l'addition « d'un autre que de son époux » le confirme. Il serait inutile pour l'enfant conçu avant le mariage et né pendant celui-ci qu'il soit d'un autre que de son époux, car pour que le *nasciturus* soit naturel il faut nécessairement qu'il soit l'œuvre d'un autre que de son époux, et si l'enfant était conçu de son époux il serait légitime.

D'autre part, l'auteur de l'enfant a pu ignorer l'existence future de son enfant, et, par conséquent, il ne peut pas être accusé comme ayant violé la foi de l'autre conjoint, s'il reconnaît son enfant.

Le Code civil brésilien réduit à la moitié les droits successoraux de l'enfant naturel reconnu pendant le mariage, s'il vient en concours avec un enfant légitime ou légitimé, art. 1605, § I.

Le Code civil vénézuélien, aussi, prévoit le cas où l'enfant serait reconnu pendant le mariage. Mais il ne frappe pas l'enfant d'une restriction pécunière comme le fait le Code civil français; seulement, son introduction dans la maison conjugale est soumise au consentement de l'autre époux. L'art 236 dit : « L'enfant naturel de l'un des époux qu'il aurait eu avant son mariage, et reconnu pendant le mariage, ne peut pas être introduit dans la maison conjugale sans le consentement de l'autre époux, sauf si ce dernier est convenu dans la reconnaissance (24) ».

(24) Dans ce sens, le Code civil italien, art. 183.

CHAPITRE V

GONTESTATION DE LA RECONNAISSANCE VOLONTAIRE

Dans toutes les législations qui font l'objet de notre étude, la reconnaissance d'un enfant naturel doit être tenue pour sincère jusqu'à la preuve du contraire (1). L'intéressé qui voudra la faire tomber devra prouver les faits qui s'opposent à sa validité, autrement la reconnaissance produira tous ses effets, mais, bien entendu, à la condition qu'elle ne soit pas inexistante. Donc, si une reconnaissance est faite sous seing privé, ou par une personne qui n'est pas le père, ou par un dément, l'acte est radicalement nul. Il est inexistant pour le passé, le présent et le futur.

Ici, il s'agit de causes qui, sans rendre l'acte nul de plein droit, peuvent être invoquées pour contester la reconnaissance. Ces causes sont :

1° *La reconnaissance mensongère* (2). C'est la cause de contestation la plus importante et celle que visent plus spécialement les législations que nous étudions. Elle peut être prouvée par tous les moyens, car il s'agit de

(1) Voir Code civil français, art. 339; Code civil espagnol, 138; Code civil vénézuélien, art. 238; Code civil suisse, art. 303 et 304; voir aussi Code civil portugais, art. 362.

(2) Toullier, op. cit., t. II, n° 965; Duranton, op. cit., t. III, n° 260; Marcadé, op. cit., sur l'art. 339; Demolombe, op. cit., t. V, n° 434.

constater un fait : l'insincérité de la reconnaissance (3). On ne pourrait pas objecter que la recherche de la paternité est interdite dans certaines législations, car ici il ne s'agit pas de trouver le père de l'enfant. C'est le contraire : un homme se présente comme père, il s'agit de le repousser. On n'a pas besoin pour cela d'établir la véritable paternité. Il suffit de prouver l'impossibilité de la paternité de l'auteur de la reconnaissance. On le pourra facilement si entre l'auteur de la reconnaissance et l'enfant il y a une différence d'âge qui ne permet pas que l'un ait engendré l'autre. Un tel fait suffit à établir la fausseté de la reconnaissance sans qu'on ait besoin de rechercher qui est le véritable père de l'enfant. Cette contestation peut être présentée par tout intéressé et à toute époque, parce que l'ordre public est en jeu et que le mensonge ne peut être objet de prescription (4).

Cependant, le Code civil suisse exige que l'action en contestation soit intentée dans les trois mois à compter du jour où l'on a été informé de la reconnaissance.

2° Défaut de forme ou de compétence. — Il s'agit ici d'une reconnaissance que l'on a bien faite sous la forme voulue par la loi, mais sans satisfaire à toutes les conditions exigées.

L'absence de la forme essentielle imposée par la loi entraînerait l'inexistence de la reconnaissance. Tandis

(3) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX et 5568 *ter.* p. 256, note 22; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1489; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 287.

(4) Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 452; Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 110; Massonnié, *op. cit.*, p. 166.

que la simple irrégularité, ouvre une action en contestation.

Alors que son inexistence peut-être invoquée à toute époque (5), le défaut de forme ou d'incompétence que nous considérons ici comme cause de nullité est prescrit au bout de 30 ans (6).

Tout intéressé peut s'en prévaloir pour faire tomber la reconnaissance, car la loi a établi des formalités pour protéger l'auteur, sa famille et tous ceux qui ont un droit quelconque sur ses biens (7).

Quant aux trois vices du consentement, l'erreur, le dol et la violence, nous ne pouvons admettre, à l'encontre de la majorité des auteurs (8) qu'ils constituent des causes de nullité de la reconnaissance. D'abord, l'erreur qui doit porter sur l'élément substantiel, c'est-à-dire sur l'identité de l'enfant (9), n'est autre chose qu'une reconnaissance mensongère susceptible d'être contestée sans qu'il soit besoin de faire appel à l'erreur.

Pour le dol et la violence cela s'accorderait mal avec

(5) Laurent, op. cit., t. IV, p. 96, et S. Demolombe, op. cit., t. V, n° 418.

(6) Loiseau, op. cit., p. 522; Demolombe, op. cit., t. V, n° 451. Contrà, Aubry et Rau, qui déclarent : « La reconnaissance n'est point attributive de l'état de l'enfant naturel et n'a pour objet que de constater cet état. Or, si en raison des vices de forme dont il est entaché, l'acte qui renferme la reconnaissance est insuffisant pour en fournir la preuve entière et complète, aucun laps de temps ne saurait lui donner la force probante qui lui manque. » T. IX et 568 *quarter*, p. 260, note 36, 5^e édit. Voir aussi Laurent qui dit que : tout vice de forme, si minime qu'il soit, doit entraîner l'inexistence de l'acte », T. IV, p. 98, n° 61, 3^e édit. 3

(7) Massonnié, op. cit., p. 132.

(8) Loiseau, op. cit., p. 505; Demolombe, op. cit., t. V, n° 430; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, p. 256, note 20; Baret, op. cit., pp. 81 et suiv.; Laurent, op. cit., t. IV, p. 100 et suiv.; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1489 *bis*.

(9) Demolombe, op. cit., t. V, n° 431.

la conception que nous avons de la reconnaissance. Celle-ci ayant pour but la constatation d'une filiation et non sa création on ne peut pas venir après cette constatation demander l'annulation d'une situation qui doit son existence à la nature.

Nous ne pouvons pas concevoir qu'on puisse dire : « Je reconnais, en effet, que cet enfant m'appartient, mais l'aveu que j'en ai fait m'a été arraché par dol ou par violence. La violence ni le dol ne peut-être invoqué pour effacer une filiation déjà constatée, d'autant moins qu'au moment de faire valoir l'une de ces prétendues causes de nullité, on reconnaît de nouveau l'enfant. Peu importe, croyons-nous, le motif qui a déterminé quel'un à faire une reconnaissance, si cette reconnaissance, faite suivant les formes prescrites par la loi, est conforme à la réalité (10).

Qui peut demander l'annulation de la reconnaissance ? Dans toutes les législations que nous étudions cette action est donnée à quiconque y a un intérêt moral ou pécuniaire (11) :

1° Ce peut être tout d'abord *l'enfant reconnu* (12),

(10) Voir dans ce sens, Colin et Capitant, t. I, p. 288; A. Colin, Rev. trim. 1902, pp. 281 et 282; voir aussi Sentence, 25 juin 1909 (*Alculbilla, Dicc.*), t. II, p. 556, qui déclare que la reconnaissance ne peut être annulée pour erreur, dol ou violence que si elle a été provoquée par des faits qui ont entraîné le père à croire faussement que la mère était enceinte de ses œuvres et qu'à l'époque de la conception elle n'a eu des relations qu'avec lui seul.

(11) Codes civils français, art. 339; vénézuélien, art. 238; espagnol, art. 138; suisse, art. 305 et 306. Remarquons, cependant, que le Code civil du Brésil ne vise que l'enfant mineur comme pouvant attaquer la reconnaissance dans les quatre années qui suivent sa majorité ou son émancipation (art. 362).

(12) Loiseau, op. cit., pp. 516 et 517; Toullier, op. cit., t. II, n° 964; Duranton, op. cit., t. III, n° 260; Marcadé, op. cit., sur l'art. 339,

ainsi que le déclare expressément le Code civil vénézuélien dans son art. 238 : « La reconnaissance peut être contestée par l'enfant et par toute personne y ayant intérêt ». Le Code civil espagnol aussi vise en particulier l'enfant, mais avec un sens différent. Son art. 133, après avoir exigé le consentement de l'enfant majeur ou l'approbation judiciaire, s'il est mineur, pour que la reconnaissance soit valable, autorise l'enfant mineur à attaquer la reconnaissance dans les quatre années qui suivent sa majorité. Nous pensons, contrairement à l'avis d'un jurisconsulte espagnol éminent (13) qu'il s'agit ici d'une simple opposition et non pas d'une contestation. Il suffit que l'enfant déclare qu'il n'admet pas la reconnaissance pour qu'elle soit non avenue. Nous ne pourrions pas comprendre, en effet, que la loi limite le droit de l'enfant à quatre ans alors que dans l'art. 138 elle octroie le droit de contester la reconnaissance à tout intéressé sans fixer aucun délai.

Par contre, on s'explique très bien l'interprétation que nous donnons de l'art. 133, si l'on tient compte du caractère bilatéral qu'a la reconnaissance en droit espagnol; son auteur n'est pas libre de reconnaître tel enfant comme le sien s'il n'a pas obtenu le consentement de l'enfant majeur ou l'approbation judiciaire si l'enfant est mineur. On voit par là que le législateur espagnol a

n° 1; Prudhon, op. cit., t. II, n° 154; Demolombe, op. cit., t. V, n° 438; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 568 *ter*, p. 256, note 24. Morelot, de la reconnaissance des enfants illégitimes, Paris, 1869, p. 396; Baret, op. cit., p. 81; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 900; Laurent, op. cit., t. IV, p. 113; Massonnié, op. cit., p. 142; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1490; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 287.

(13) Sanchez Roman, op. cit., t. 5, pp. 1047 et 1048.

voulu subordonner la validité de la reconnaissance à la volonté de l'enfant. Or, s'il a exigé dans ce but le consentement de l'enfant majeur, il est resté logique en permettant à l'enfant reconnu pendant sa minorité et qui, par conséquent, n'a pu alors donner son consentement, d'accepter ou de répudier la reconnaissance une fois qu'il est devenu majeur; autrement la protection serait moins forte pour l'enfant mineur que pour l'enfant majeur. Aussi, nous croyons que l'enfant n'a pas besoin de prouver, mais seulement *d'alléguer*, pour faire tomber la reconnaissance. C'est ainsi qu'on a très bien dit que le Code accorde au mineur, dans cet article, une espèce de bénéfice de restitution *in integrum* pour sa filiation (14).

Le Code civil brésilien déclare aussi, dans son art. 362, que l'enfant majeur ne peut être reconnu sans son consentement et que le mineur peut attaquer la reconnaissance dans les quatre années qui suivent sa majorité ou son émancipation. Mais nous ne pouvons pas soutenir ici le raisonnement que nous venons de faire pour le droit espagnol, car dans le Code civil brésilien l'enfant est le seul intéressé qui puisse attaquer la reconnaissance volontaire. Par contre, « l'action en recherche de paternité ou de maternité peut être contestée par toute personne ayant un intérêt légitime » (art. 365).

Remarquons, enfin, que dans le Code civil suisse il suffit à l'enfant, pour s'opposer à la reconnaissance », d'alléguer « que l'auteur n'en est ni son père, ni son

(14) Q. Muscius Scaevola, op. cit., t. III, p. 163.

grand-père ou qu'elle lui serait préjudiciable », (art. 305).

2° Parmi les intéressés figurent en second lieu les *père et mère légitimes de l'enfant* (15). Ils ont un intérêt manifeste à ce qu'on ne puisse pas attribuer leur enfant à un tiers auteur d'une reconnaissance mensongère, intérêt moral et un intérêt pécuniaire éventuel.

Ici le droit suisse s'écarte des législations française, vénézuélienne et espagnole, qui exigent de tout intéressé la preuve de la cause invoquée. L'art. 305 du Code civil suisse dispense la mère, l'enfant et ses descendants de faire cette preuve. Leur simple « allégation » suffit.

3° Les *ascendants* et même les *collatéraux* de l'auteur de la reconnaissance, pourront aussi contester la reconnaissance parce qu'ils peuvent y avoir un intérêt moral (16).

4° Les *héritiers* de l'auteur de la reconnaissance ont un intérêt pécuniaire à écarter l'enfant de sa succession (17).

-
- (15) Demolombe, op. cit., t. V, n° 435; Zacharie, op. cit., t. IV et 568 b, texte et note 1; Aubry et Rau, op. cit., t. IX et 568 *ter*, p. 257, notes 25 et 26; Dominici, op. cit., t. I, p. 328; Baret, op. loc. cit.; Laurent, op. cit., t. IV, pp. 116 et suiv.; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 900; Massonnié, op. cit., p. 140; Planiol et Ripert, op. loc. cit.; Colin et Capitant, op. loc. cit.; Rossel et Mentha, op. cit., t. I, pp. 374 et 375.
- (16) Demolombe, op. cit., t. V, n° 442; Aubry et Rau, op. cit., t. IX et 568 *ter*, p. 257, notes 28 et 28 *bis*; Massonnié, op. cit., pp. 139, 140; Baret, op. loc. cit., Planiol et Ripert, op. loc. cit.
- (17) Loiseau, op. cit., pp. 517 et suiv.; Demolombe, op. cit., t. V, n° 540; Marcadé, op. cit., sur l'art. 339, n° 2; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 900; Massonnié, op. cit., p. 152; Aubry et Rau, op. loc. cit., note 27; Planiol et Ripert, op. loc. cit.; Laurent, op. cit., t. IV, p. 119.

5° Les *donataires* et les *légataires* pourront contester la reconnaissance afin d'échapper à l'action en réduction que l'enfant reconnu peut diriger contre eux (18).

6° Est-ce que l'auteur de la reconnaissance pourra la contester lorsqu'elle sera le résultat d'une déclaration mensongère ?

On s'accorde à lui donner ce droit parce que l'état des personnes est d'ordre public et qu'on ne peut pas maintenir une fausse reconnaissance (19).

On a tenté de s'opposer en disant que l'article 339, en déclarant que « toute reconnaissance du père ou de la mère pourra être contestée par tous ceux qui auront intérêt, à établir deux catégories de personnes : le père, la mère, et, d'autre part, les tiers qui peuvent contester cette reconnaissance faite par le père ou la mère. En outre, ajoute-t-on, si la loi enlève ce droit de contestation à l'auteur de la reconnaissance c'est parce qu'elle attribue une présomption absolue de vérité (20).

Le Code civil vénézuélien, art. 238, et le Code civil

(18) Loiseau, op. cit., p. 517; Demolombe, Marcadé, Aubry et Rau; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 900; Planiol, op. loc. cit.; Colin et Capitant, p. 287, t. I,

(19) Dans ce sens, Loiseau, op. cit., p. 517 à 519; Toullier, op. cit, t. II, p. 96; Aubry et Rau, op. cit., t. 9 et 568 *ter*, p. 257, note 26; Marcadé, *Dissertation dans le journal du Palais*, 1853, t. II, p. 481; Planiol et Ripert, op. loc. cit.; Baudry-Lacantinerie, op. cit., t. I, n° 900; Laurent, op. cit., t. IV, pp. 116 et suiv., n° 78; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 287; Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 372; Cass. 17 mai 1870. D. 70 I. 241; Nîmes, 7 mai 1879. D. 79.2.133; Cass. 13 juin 1882. D. 82-1-308; Paris, 9 juillet 1885. D. 86-2-261; Cass. civ. 4 juillet 1912. S. 13-1-370; Trib. Seine, 4 mai 1926; Gaz. Palais, 5 octobre; Contrà Demante, op. cit., t. II, n° 67 *bis*; Demolombe, op. cit., t. V, n° 437; Morelot, op. cit., p. 388; Massonié, op. cit., pp. 143 et s.; Trib. Tournon, 13 fév. 1878. D. P. 79-2-133.

(20) Demolombe, op. cit., t. V, p. 466.

espagnol, art. 138, ne se prêtent pas à cette critique. Le premier emploi les mots « n'importe qui ayant un intérêt peut la contester », et le second « tous ceux qui souffrent un préjudice ».

7° *Quid du ministère public ?* En Suisse la loi autorise l'autorité compétente du canton d'origine du père à attaquer la reconnaissance (art. 306 Code civil suisse). En France, et dans les autres législations la question reste douteuse parce que la loi est muette sur ce point (21). Mais nous croyons que le ministère public peut agir car l'ordre public est en cause.

Droit international

Pour la contestation de la reconnaissance c'est la loi nationale de l'enfant (22) qui doit s'appliquer. Aussi, pour savoir qui peut intenter l'action en contestation on s'en tiendra à la loi personnelle de l'enfant.

(21) Planiol et Ripert, *op. loc. cit.*, nient le droit d'agir au ministère public. Par contre, Colin et Capitant, t. I, p. 288, étendent le droit d'agir au Ministère public.

(22) Cass. 17 janv. 1899 ; J. Clun, 1899, p. 546. Voir Despaigne, *op. cit.*, 5^e édit., p. 831 et les arrêts cités par lui à la note 3.

CHAPITRE VI

DE LA RECONNAISSANCE EN DROIT ALLEMAND

Contrairement à ce que nous avons vu dans les autres législations, la reconnaissance n'est pas en droit allemand un acte déclaratif ayant pour objet de constater la filiation naturelle, c'est une manifestation de volonté qui renforce la présomption de paternité établie par l'art. 1717 du Code civil allemand.

L'article 1718, le seul qui parle de la reconnaissance volontaire d'enfant naturel dans un document public, déclare que lorsque l'enfant a été l'objet d'une reconnaissance, la présomption de paternité ne peut pas être excipée de ce qu'un autre a cohabité avec la mère dans le temps de la conception ». La reconnaissance est donc une renonciation à l'*exceptio plurium concumbentium*. Le père présumé, par le seul fait qu'il reconnaît l'enfant aux termes de l'art. 1718, perd le droit de contester sa paternité en invoquant la multiplicité des relations sexuelles de la mère avec d'autres hommes, mais rien ne s'oppose à ce qu'il puisse encore se prévaloir de tous les autres moyens susceptibles de combattre la prétention de l'enfant. Comme nous le voyons, la reconnaissance en droit allemand n'établit entre l'enfant et son auteur ni lien de famille, ni lien de parenté, ni même obligation d'entretien.

D'autre part, elle n'a pas ici, comme dans les législations que nous venons d'étudier, un effet absolu, opposable aux tiers. Elle ne vaut que *inter partes* (1). En conséquence, il se peut qu'un enfant soit reconnu en même temps par tous les individus qui ont cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Le résultat est frappant, car on refuse le droit d'invoquer l'*exceptio plurium constupratorum*, alors que les actes qui motivent ce refus prouvent précisément, par leur pluralité la cohabitation de la mère avec plusieurs personnes à l'époque de la conception. Mais le législateur allemand a préféré cette reconnaissance *sui generis* à la reconnaissance déclarative de filiation, parce qu'il considère que celle-ci favoriserait l'union libre dans les classes inférieures de la société en facilitant la régularisation de la situation de l'enfant naturel. (Motive IV, pp. 852-853, p. 893.)

La reconnaissance, comme tout acte juridique, doit émaner d'un individu moralement capable de volonté. Elle ne peut donc être faite par aucune des personnes énumérées dans l'art. 104 (2). Le majeur interdit doit avoir recours à l'autorisation de son tuteur, car un intérêt pécuniaire est en cause; le mineur doit obtenir le consentement de son représentant légal (art. 107). Mais, une fois faite valablement, la reconnaissance est irrévocable (3).

Etant une déclaration de volonté, elle peut être enta-

(1) Robert, op. cit., p. 166 ; Planck ad. 1718, notes 2, 3.

(2) Roux, op. cit., p. 91 ; Robert, op. cit., p. 162 ; Contra, Decoppet, op. cit., p. 91.

chée d'une vice du consentement, source de nullité, pour cause d'erreur, de menace ou de dol. (Art. 119 et 127 du B. G. B.) L'art. 119 déclare que l'action en nullité pour cause d'erreur n'est recevable que si l'erreur porte sur le contenu. Par exemple, dans notre matière, si elle porte sur la date de la cohabitation. Mais le fait que l'auteur ignorait les relations sexuelles de la mère avec d'autres que lui pendant la période de la conception ne constitue pas une erreur au sens de l'art. 119 (4). Quant au dol, le *Reichsgericht* a décidé que les protestations mensongères de fidélité faites par la mère, dans le but de prouver qu'elle n'a pas cohabiter avec un autre homme à l'époque de la conception, ne constituent pas une cause de nullité de la reconnaissance (5).

Pourrait-on faire une reconnaissance sous condition ou à terme ? Les auteurs s'accordent, quoique la loi soit muette sur ce point, à déclarer que cela est impossible (6).

Outre ces conditions tirés du droit commun, l'art. 1718 en impose deux autres pour la validité de la reconnaissance : « 1° elle doit intervenir seulement après la naissance de l'enfant; 2° elle doit être faite dans un document authentique ».

Nous voyons que la loi s'oppose à la reconnaissance d'un enfant avant sa naissance; c'est parce qu'elle ne serait pas individuelle, la mère y étant nécessairement

(3) Standinger, arr. 1718. (Cité d'après Decoppet, op. loc. cit.)

(4) Robert, op. cit., p. 162.

(5) Arrêt du *Reichsgericht*, 30 juin 1904, in *civilsachen*. Bd. 58, p. 354. Voir Decoppet, op. cit., p. 92.

(6) Blume, art. 1718, rem. 3, b. B. Standinger, 1718, rem. 4, cités d'après Decoppet, op. cit., p. 91.

désignée. En outre, la paternité est plus incertaine avant la naissance qu'après l'accouchement.

La loi exige aussi l'authenticité de la reconnaissance, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit faite dans un document rédigé *ad hoc*, elle peut être contenue dans un testament public, notarié ou judiciaire (B. G. B. 2231 à 2246). Les notaires et les tribunaux (Amstsgerichte) sont compétents, ainsi que, dans certains cas, l'officier de l'état civil qui a rédigé l'acte de naissance.

Dans quelques Etats il faut que la reconnaissance ait lieu postérieurement à la déclaration de la naissance (7).

Le défaut d'une de ces conditions donne à l'auteur le droit d'opposer l'*exceptio plurium constupratorum*. La reconnaissance n'aura d'autre valeur que celle d'une simple déclaration constatant le fait de la cohabitation de l'auteur avec la mère pendant la période de la conception.

(7) Art. 25 de la loi, 6 fév. 1875 et l'art. 167, parag. 2 de la *freiw. G. G.* Voir Roux, op. cit., p. 94.

CHAPITRE VII

RECONNAISSANCE TACITE VOLONTAIRE

L'aveu exprès et fait suivant certaines formes, c'est-à-dire la reconnaissance volontaire que nous venons d'étudier doit-il être considéré comme le seul moyen accordé au père ou à la mère naturelle pour établir volontairement la filiation légitime ? Ne faut-il pas y joindre la possession d'état qui est une reconnaissance tacite volontaire ?

Avant d'entrer dans l'étude de cette question disons en quoi consiste la possession d'état. Le Code civil français ne fait allusion à la possession d'état que dans le chapitre qui traite des preuves de la filiation des enfants légitimes. Son art. 321 la définit comme « une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir.

Les principaux de ces faits sont :

Que l'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir (*nomen*) ;

Que le père l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement (*tractatus*) ;

Qu'il a été reconnu constamment comme tel dans la société (*fama*) ;

Qu'il a été reconnu comme tel par la famille.

Est-ce que l'ensemble de ces faits ne suffit pas à prouver la filiation naturelle ?

En France, où la question a été très débattue au milieu du siècle passé, trois opinions existent. La majorité des auteurs nient d'une manière absolue la force probatoire de la possession d'état quant à la filiation naturelle (1).

D'autres s'opposent à ce que la possession d'état puisse prouver la paternité naturelle, mais ils admettent qu'elle soit invoquée quand il s'agit de la maternité naturelle (2).

Une troisième opinion soutient que la possession d'état prouve la filiation naturelle tant à l'égard du père que de la mère (3).

Sans vouloir faire un examen des travaux préparatoires, ni des textes du Code, desquels tant d'interprétations diverses ont été faites (4), et malgré la jurisprudence qui, depuis 1872, est constante à lui refuser la force probatoire, nous croyons que logiquement la pos-

-
- (1) Loiseau, *op. cit.*, pp. 474-525-528 ; Toullier, *op. cit.*, t. II, n° 970-971 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, p. 26 ; Massé et Vergé, *op. cit.*, t. I, pp. 331 et 332 ; Marcadé, *op. cit.*, t. II, art. 340, n° 6 ; Demante, *op. cit.*, t. II, n° 67 *bis*, V-VII et 67 *bis*, I ; Baret, *op. cit.*, p. 109 et s. ; Rejet, 13 mars 1827. S. 27-1-444 ; Bourges, 2 mai 1837. S. 38-11-5 ; Nancy, 9 fév. 1850. S. 51-1-225 ; Cass. 17 fév. 1851 S. 51-1-161 ; Paris, 26 avril 1852. S. 52-2-525 ; Lyon, 20 avril 1853. S. 53-11-497 ; Req. 16 déc. 1861. S. 62-1-253 ; Pau, 28 juin 1855. S. 55-11-673 ; Douai, 14 déc. 1864. S. 65-11-167.
 - (2) Delvincourt, *op. cit.*, t. I, p. 389 ; Proudhon, *op. cit.*, t. II, p. 143 ; Duranton, *op. cit.*, t. III, p. 238 ; Richefort, *op. cit.*, t. II, n° 337 *bis*.
 - (3) Demolombe, *op. cit.*, t. V, p. 507 ; Valette sur Proudhon, t. II, p. 158.
 - (4) Voir en sens contraire, Demolombe, *op. loc. cit.*, et Baret, *op. loc. cit.*

session d'état devrait servir à prouver la filiation naturelle avec plus d'efficacité que la reconnaissance volontaire, reconnaissance répétée sans cesse. Celle-ci n'est qu'un multiple d'un produit qui est la possession d'état.

Comment refuser à la possession d'état la force de prouver la filiation naturelle et l'accorder à la reconnaissance volontaire, simple partie du tout qui est la possession d'état ? « Lorsqu'un homme, dit Demolombe, a constamment et publiquement traité un enfant comme le sien, lorsqu'il l'a présenté comme tel dans sa famille, dans la société, lorsqu'il lui a donné son nom, lorsqu'il a, en qualité de père, toujours pourvu à ses besoins, à son entretien, à son éducation, il est impossible de ne pas dire qu'il l'a reconnu. Il est vrai que cette reconnaissance n'est pas consignée dans un acte; tout ce qu'il faut en conclure c'est qu'elle est bien plus complète, bien plus décisive encore.

En outre, la reconnaissance volontaire ne pousse pas l'identité, tandis que la possession d'état la comporte nécessairement. Le titre est l'ouvrage d'un moment, d'un aveu instantané. La possession est une reconnaissance continue, persévérante de tous les jours, de tous les instants. Le titre est le plus souvent secret, ignoré. La possession d'état est une reconnaissance publique, notoire, qui a pour témoins la famille, la société tout entière (5). »

« Le genre de preuve le plus ancien, disait Bigot-Préameneu, celui que toutes les nations ont admis, celui

(5) Demolombe, op. cit., t. V, pp. 507-508, et Rev. de leg. et jur., p. 430, t. I.

qui embrasse tous les faits propres à faire éclater la vérité, celui sans lequel il n'y aurait plus rien de certain ni de sacré parmi les hommes, c'est la possession d'état (6). »

Aussi, Portalis, lors de la discussion de l'art. 36 du projet de loi, qui vise la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle à l'égard de la mère, s'exprime ainsi : « Toutes les fois qu'on jouit de son état, constamment, publiquement et sans trouble, on a le plus puissant de tous les titres. Il serait donc absurde de présenter la possession d'état comme un simple commencement de preuve, puisque cette sorte de possession est la plus complète de toutes les preuves. Des faits de possession passagère, isolés et purement indicatifs, peuvent n'être qu'un commencement de preuve ; mais encore une fois, il y a preuve entière lorsqu'il y a possession constante (7).

Le Code civil vénézuélien, de 1916, s'inspirant de ces logiques raisonnements, n'avait pas hésité à introduire la possession d'état comme preuve de filiation naturelle dans ses deux branches : paternité et maternité. Son art. 230 déclarait : « La possession d'état prouve la filiation naturelle à l'égard du père et de la mère, s'il existe un ensemble de faits, et l'usage constant du nom du père ou de la mère indiquant une relation certaine de filiation entre l'enfant et les personnes qu'il prétend avoir pour père ou mère. »

Mais vint le Code civil de 1922 et avec lui une tendance

(6) Locré, *op. cit.*, t. VI, p. 200.

(7) Fenet, *op. cit.*, t. X, p. 72, art. 7 ; Locré, *op. cit.*, t. VI, p. 125.

manifeste à rejeter les innovations introduites par le Code civil de 1916, en matière de filiation naturelle. Le nouveau Code limite la force probatoire de la possession d'état. Seule la maternité peut s'établir par ce moyen. L'art 230 déclare que « la possession d'état est une preuve de la filiation naturelle utérine s'il existe un ensemble de faits et l'usage constant du nom de la mère indiquant une relation certaine de filiation entre l'enfant et la personne qu'il prétend être sa mère. Cette modification nous paraît étrange si nous pensons que la possession d'état est une preuve prévue plutôt pour la paternité que pour la maternité, car cette dernière est certaine. C'est plutôt quant au père que l'art. 222 du Code civil vénézuélien, que nous verrons dans un instant, détermine les principaux caractères de la possession d'état.

Mais le fait que cette modification accompagne le retour de l'interdiction de la paternité, abrogée par le Code civil de 1916, qui s'inspirait de la loi française de 1912, — nous porte à penser que la législation vénézuélienne a redouté une contradiction entre le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité consacré par le nouveau code, et l'admission de la possession d'état comme preuve de la paternité. Nous pensons cela d'autant plus facilement que le refus de la force probatoire de la possession d'état ne fut introduit que pour la paternité. Mais il est certain que l'on pouvait rétablir le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité sans nier la force probatoire de la possession d'état : celui qui a une possession d'état de fils à l'égard d'un homme ne recherche point une paternité qui est établie

déjà, connue de tout le monde « on ne réclame pas, on ne recherche pas ce qu'on possède », dit Demolombe (8).

Qu'entend-t-on par possession d'état en droit vénézuélien ? L'art 230 du Code civil vénézuélien exige un ensemble de faits qui indiquent une relation certaine de filiation entre le titulaire de la possession d'état et la mère prétendue. Mais il ne précise pas quels sont ces *faits*.

Par contre, l'art. 222 du Code civil vénézuélien, pour la possession d'état de l'enfant légitime, a indiqué les principaux faits qui la constituent.

1° L'individu a toujours porté le nom du père auquel il prétend appartenir (*nomen*) ;

2° Le père l'a traité comme son enfant et a pourvu en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement (*tractatus*) ;

3° Il a été reconnu constamment comme tel dans la Société (*fama*) ;

4° Il a été reconnu pour tel par la famille.

Si le législateur a gardé le silence sur ces faits en traitant de la filiation naturelle, c'est qu'il a cru inutile de les énumérer de nouveau. Rien ne s'oppose à ce que des expressions identiques reçoivent la même interprétation dans notre cas. D'autant plus que le premier de ces faits, « l'usage constant du nom », est exprimé dans l'art. 230 qui vise la filiation naturelle.

Cette énumération des faits n'est point limitative, les juges ont un pouvoir souverain pour apprécier les circonstances propres à établir la possession d'état (9).

(8) Rev. leg. et jurisp., t. I, p. 432-433.

(9) Dominici, op. cit., t. I, p. 301-302.

Mais une seule des circonstances énumérées ne suffit pas, et cependant il n'est pas nécessaire qu'elles soient toutes présentes (10).

Faisons remarquer que le Code civil vénézuélien admet, outre la possession d'état, l'acte de naissance contenant l'indication de la mère, comme preuve de la maternité et que son art. 323, qui déclare que nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donne son titre de naissance et la possession conforme à ce titre, sera applicable à la filiation naturelle, quoiqu'il ne vise que l'enfant légitime.

L'avant-projet de Laurent contient la même solution (11). Il a cru inutile de rédiger une disposition spéciale pour étendre à la filiation naturelle ce droit irrefragable.

Le Code civil espagnol, à notre sens, admet la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle maternelle et paternelle. Les art. 135 et 136 déclarent que le père ou la mère sont obligés de reconnaître l'enfant naturel dans les cas suivants : « Quand l'enfant a une possession d'état continue d'enfant naturel du père défendeur, justifiée par actes directs du père, de la mère ou de leur famille. »

On pourrait croire qu'il s'agit d'un cas d'admissibilité

(10) Dominici, *op. cit.*, I, p. 302.

(11) Laurent, *avant projet*, t. II, art. 309, p. 111. Voir aussi son *Traité*, t. IV, p. 38, n° 18, pour le C. C. français ; Toullier, *op. cit.*, t. II, n° 899 ; Proudhon, *op. cit.*, t. II, p. 143. Voir *Contrà* Duranton, *op. cit.*, III, n° 133 ; Demante, *op. cit.*, II, n° 67 *bis* ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, p. 26 ; Demolombe, V, n° 481 ; Baret, *op. cit.*, p. 116, dit que l'art. 322 se rapporte expressément à l'enfant légitime, et que d'autre part, l'art 339, en accordant à tout intéressé le droit de contester la reconnaissance, s'oppose à ce que l'art. 322 soit applicable.

de la recherche de la paternité ou de la maternité. Mais il n'en est rien. La possession d'état d'enfant naturel oblige par elle-même le père ou la mère de tenir pour leur enfant la personne qui en jouit à leur égard. C'est une reconnaissance tacite qui prouve par elle-même la filiation naturelle. Il suffit de l'invoquer pour que le père ne puisse s'en défendre. Il s'agit d'une paternité ou d'une maternité déjà constatée qui ne fait que se soumettre aux formes de l'art. 131, que nous avons vu. Lorsque nous étudierons la reconnaissance forcée, nous soutiendrons aussi que l'hypothèse de la possession d'état n'est pas, à proprement parler, un cas où la recherche de la paternité peut être admise.

Déterminons maintenant quels sont les faits qui constituent la possession d'état dans la législation espagnole.

Le Code civil espagnol reste muet sur ce point. Même pour la filiation légitime. Donc, c'est une question de fait soumise à l'appréciation des tribunaux (12). C'est ainsi que le Tribunal Suprême exige que la possession d'état soit prouvée par des actes qui manifestent une volonté permanente d'en considérer le titulaire comme enfant naturel.

Ainsi, le fait d'habiter dans la maison du prétendu père ou de sa famille, d'y être entretenu, élevé en qualité de fils, ou d'autres faits d'égale valeur, constituent la possession d'état (13).

Par contre, il a été décidé qu'elle ne saurait résulter de

(12) Voyez dans ce sens Sent., 10 fév. 1897-12 oct. 1907.

(13) S. 21 mai, 7 nov. 1896-29 déc. 1899, 23 juin-31 déc. 1902-26 mars 1904-14 juin 1905-12 oct. 1907, 8 avril 1915. Voir Rev. de législation, t. III.

ce que l'enfant a été employé dans la boutique du père prétendu, de ce qu'il a été l'objet de son affection et de ses libéralités, car cela peut s'expliquer par l'amitié de cet homme pour la mère (14).

On a aussi considéré en matière de filiation légitime que si le mari poursuit sa femme pour délit d'adultère et nie la paternité de l'enfant dont l'épouse adultère a accouché, cela équivaut à un désaveu qui ne peut pas être couvert par une reconnaissance tacite, résultant du pardon accordé à la femme adultère et d'une pension assignée à l'enfant adultérin (15).

Nous ne pouvons qu'admirer ces législations qui ont consacré la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle, et nous espérons qu'un jour viendra où la législation vénézuélienne étendra la preuve par la possession d'état à la filiation naturelle à l'égard du père. Remarquons que la législation française a fait un pas dans ce sens, par la loi du 16 novembre 1912, que nous verrons à propos de la recherche de la paternité.

Pour en finir, constatons que nous n'avons pas trouvé dans le Code civil brésilien de 1916, la possession d'état comme preuve ni de la filiation légitime, ni de la filiation naturelle.

DROIT INTERNATIONAL

Nous avons vu que certaines législations admettent comme preuve de la filiation naturelle maternelle, l'acte de naissance et la possession d'état.

(14) S. 16 juin 1917.

(15) S. 1^{er} juillet 1915. Voir aussi 21 mai 1896-17 juin 1905, Manresa, *op. cit.*, I, p. 551.

Nous nous demandons maintenant si un français, par exemple, né au Vénézuéla ou en Suisse et qui ne perd pas sa nationalité, par *jus solis*, peut se prévaloir en France de sa possession d'état ou de son acte de naissance pour établir sa filiation naturelle à l'égard de sa mère.

Ici, il s'agit des modes de preuves établis par chaque législation et qui constituent de véritables institutions touchant le fond du droit.

Leur application n'entraîne pas seulement une modification de formes, mais constitue l'introduction d'une institution nouvelle.

Aussi, nous croyons que la règle *locus regit actum* est inapplicable, et que c'est la loi nationale qui doit l'emporter. La jurisprudence française est dans ce sens ; elle n'admet pas qu'un français invoque comme preuve de sa filiation son acte de naissance, même s'il est né dans un pays où ce mode de preuve est valable (16), et, lorsqu'il s'agit d'un étranger, il faut, pour déterminer sa filiation, s'en tenir aux modes de preuves établis par sa loi nationale.

(16) Bordeaux, 26 fév. 1886, Cl. 87, p. 316. Voir aussi Besançon, 6 juill. 1892. Cl. 93, p. 157. Paris, 2 août 1875. Cl. 1877, p. 230. *Contrà*, Besançon, 25 juill. 1876. Cl. 77, p. 228. Despagne, 5^e édit., 1909, n° 272, p. 831.

TITRE II

Reconnaissance forcée

Parmi les moyens d'établir le lien de filiation naturelle, nous avons vu que la reconnaissance volontaire est mise à la disposition du père et de la mère. Maintenant, nous allons étudier un autre moyen d'un ordre tout opposé. La loi accorde à l'enfant naturel, d'une manière plus ou moins large, le droit de rechercher son père et sa mère malgré leur volonté et de les obliger à le reconnaître. C'est ce qu'on appelle la reconnaissance forcée.

Les législations diffèrent sensiblement entre elles dans l'organisation de cette institution. Les unes, en déclarant que la maternité résulte du seul fait de la naissance, écartent par là toute recherche de la maternité. Telle est la solution des Codes civils allemand et suisse.

Par contre, les Codes civils français, espagnol, brésilien et vénézuélien, exigent, pour que la maternité soit établie, à défaut de reconnaissance volontaire, cette reconnaissance forcée.

La paternité, en raison de l'incertitude qui l'entoure, ne peut être établie que par une reconnaissance volontaire ou forcée. Mais sur ce point, les législations se divisent en trois groupes :

1° Législations qui interdisent la recherche de la paternité, mais qui déclarent nécessairement la paternité de

l'auteur de certaines actes (Suisse, Espagne). *Ces actes suffisent par eux-mêmes à déclarer la paternité.*

2° Législations qui, tout en maintenant le principe de l'interdiction, y apportent des tempéraments, prévoyant certains cas où la recherche de la paternité peut être admise (France, Brésil et Vénézuéla). *Ces cas sont insuffisants par eux-mêmes à établir la paternité.*

3° Législations qui admettent la libre recherche de la paternité (Suisse et Allemagne). Il suffit de prouver que le père prétendu a cohabité avec la mère, pour qu'il y ait une présomption de paternité produisant seulement des effets pécuniaires : une obligation alimentaire. *C'est ce que nous appellerons libre recherche de la paternité engendrant seulement des conséquences alimentaires.*

CHAPITRE I

LA RECHERCHE DE LA MATERNITÉ

Si la paternité est un fait incertain, la maternité *semper certa est*. Toute personne qui veut trouver sa mère n'a qu'à prouver deux faits : 1° que la femme qu'il prétend être sa mère a accouché d'un enfant ; 2° que cet enfant est lui-même. L'art. 341 du Code civil français déclare : « L'enfant qui réclamera sa mère sera tenu de prouver qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Si l'enfant arrive à prouver cela, il ne peut subsister aucun doute. Cette certitude de la maternité a permis aux législateurs de tous les pays civilisés de déclarer admissible la recherche de la maternité. Il s'agit d'un fait certain, tangible, qui n'échappe pas aux sens, susceptible d'être prouvé, et il devrait être possible de prouver ce fait comme tout autre, par tous les moyens. Tel est l'avis des législations espagnole et portugaise, qui déclarent simplement que la mère sera obligée de reconnaître l'enfant lorsque l'accouchement et l'identité seront établis(article 136, Code civil espagnol, et art. 131, Code civil portugais).

Par contre, la plupart des législations, pour sauvegarder l'honneur de la femme qui pourrait être atteint par le premier venu, exigent ou bien un commencement de preuve par écrit (Code civ. fr., art. 341; Code civil néer-

landais, art. 343; Code civil vénézuélien, art. 244), ou bien des présomptions ou indices graves (art. 244, Code civil vénézuélien), pour que l'enfant soit admis à rechercher sa mère.

Examinons les deux faits qu'il faut prouver pour que la maternité soit établie :

1° *Preuve de l'accouchement.* — Selon la jurisprudence française, l'acte de naissance prouve le fait de l'accouchement (1), lorsque l'indication de la mère a été faite par les personnes désignées dans l'art. 56 du Code civil, car cet article et les suivants ne font aucune différence entre les enfants légitimes et les enfants naturels. En outre, l'art 341 du Code civil semble n'exiger le commencement de preuve par écrit que pour l'identité et non pour l'accouchement, dont la preuve est soumise aux règles établies dans le titre des actes de l'état civil. C'est ainsi que, muni de l'acte de naissance, l'enfant n'aura qu'à prouver son identité avec l'enfant désigné dans cet acte. Mais, bien entendu, la preuve de l'identité n'est admise que s'il y a un commencement de preuve par écrit selon l'article 341. Cependant, on a soutenu que l'acte de naissance ne peut prouver l'accouchement et constituer un commencement de preuve par écrit que s'il a été dressé avec le concours de la mère. L'acte de naissance de l'enfant ne prouverait que sa naissance (2). Mais nous croyons que cela n'a aucune utilité pratique,

(1) Paris, 7 juil. 1838. D. 40-2-105; Cass. 13 avril 1864. D. 64-1-249. S. 64-1-209 ; Toulouse, 2 mai 1866. D. 66-2-83; Paris, 4 fév. 1867. S. 67-2-97; Cass. 23 nov. 1868. D. 69-1-26. S. 69-1-5 ; Grenoble, 14 janv. 1889. D. 90-2-103; Cass. 22 oct. 1902. D. 02-1-539; Toulouse, 2 nov. 1905. D. 06-5-26 ; Poitiers, 5. déc. 1913. D. 1914-2-45.

(2) Voir Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. IV, n° 669, éd. 1907.

car, pour que l'accouchement puisse prouver la maternité, il faut que l'identité soit établie. Or, cette identité ne peut être établie, comme nous l'allons voir, que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit qui, nécessairement, touche à la fois à l'accouchement et à l'identité. C'est ainsi qu'en prouvant l'identité de l'enfant dont telle femme est accouchée, on prouve du même coup l'accouchement de cette femme. Bref, celui qui a un commencement de preuve par écrit de l'identité, a aussi nécessairement un commencement de preuve par écrit de l'accouchement. Mais l'inverse n'est pas vrai. En outre, l'article 341 semble ne faire référence qu'à l'identité pour exiger le commencement de preuve par écrit. C'est pour cette raison que nous croyons que la preuve de l'accouchement pourra être faite à défaut de titre, par témoins ou par présomption (2).

Le Code civil vénézuélien exige aussi le commencement de preuve par écrit, seulement quand à l'identité (art. 144). Rappelons qu'il n'y a pas de difficulté dans cette législation, sur le point de savoir si l'acte de naissance prouve l'accouchement, car nous avons déjà mentionné que la maternité naturelle, au Vénézuéla, se prouve par l'acte de naissance s'il contient l'indication de la mère (art. 244 du Code civil). Mais, à défaut de titre, la preuve de l'accouchement peut se faire par tous les moyens, car la loi, restée muette sur ce point, a entendu appliquer le droit commun.

2° *Preuve de l'identité.* — Comment pourra-t-on prouver l'identité ? Le Code civil vénézuélien, art. 244, et le

(3) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1511.

Code civil français, art. 341, déclarent que l'enfant ne sera reçu à faire cette preuve que lorsqu'il aura déjà un commencement de preuve par écrit. Mais qu'entendent ces deux législations par commencement de preuve par écrit ? Est-ce à l'art. 324 ou à l'art. 1347, que le Code civil français fait allusion ? De l'adoption de l'un de ces deux articles, au lieu de l'autre, dépendra le plus souvent la possibilité d'établir sa filiation maternelle. L'art. 324 facilitera la recherche de la maternité, car il considère comme commencement de preuve par écrit les titres de famille, les registres et les papiers domestiques du père ou de la mère, les actes publics et même privés *émanés d'une partie engagée dans la contestation, ou qui y aurait intérêt si elle était vivante*. L'art. 1347, au contraire, restreindra sensiblement les possibilités de rechercher la maternité, car selon ses termes, qui constituent le droit commun, le commencement de preuve par écrit doit *émaner de celui contre lesquels la demande est formée ou de celui qu'il représente*.

Ainsi, l'intérêt qu'il y a à appliquer l'un au lieu de l'autre de ces deux articles est considérable. La doctrine est divisée. Grand nombre de jurisconsultes célèbres se prononcent pour l'application de l'art. 1347. Ils prétendent que le commencement de preuves par écrit demandé n'est pas celui de l'art. 324, qui est une disposition exceptionnelle pour la filiation légitime et que le silence de la loi en matière de filiation naturelle oblige

de conclure qu'elle a voulu maintenir le droit commun (4).

Par contre, la jurisprudence (5) et certains auteurs déclarent que si l'art. 1347 constitue le droit commun, lors de la rédaction de l'art. 341, le législateur n'a cependant tenu compte que de l'article 324, et n'a pas pu viser l'article 1347 qui est postérieur à l'art. 341. D'autre part, on invoque la difficulté pour l'enfant de se munir d'un commencement de preuve par écrit au sens de l'article 1347, difficulté d'autant plus grande que la plupart des mères naturelles sont illettrées. C'est ainsi qu'il a été décidé qu'une lettre non contestée, adressée à la fille naturelle par le frère de la mère naturelle, et dans laquelle ce dernier dénommait la dite fille sa « chère nièce » et faisait précéder sa signature de cette expression « ton oncle dévoué », constituait un commencement de preuve par écrit, permettant d'agir en recherche de la maternité (6).

Par contre, ne constituerait pas un commencement de preuve par écrit au sens de l'art. 324, deux télégrammes portant la signature d'un mineur intéressé directement

(4) Zachariae, *op. cit.*, t. I, § 170, p. 332; Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 503; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. I, § 570, p. 299; Laurent, *op. cit.*, t. IV, n°s 110, 111; Baret, *op. cit.*, p. 92. Voir aussi, Paris, 17 juill. 1858. S. 58-2-534; Paris, 28 juin 1864. D. 64-2-159.

(5) Paris, 7 juillet 1839. D. 45-2-105; S. 45-2-194; Paris, 30 avril 1859. D. 60-2-178. S. 60-2-625; Caen, 19 janv. 1867. S. 68-2-86; Paris, 4 fév. 1867. S. 67-2-97; Cass. 23 nov. 1868. D. 69-1-26; Agen, 28 mai 1901. D. 2, II, 78; Cass. 22 oct. 1902. D. 02-1-539; Cass., 17 juin 1907. D. 08-1-161; Rej. 4 janv. 1910. D. 10-X-128; Cass., 26 fév. 1912. D. 1913-I-470; Toulouse, 2 nov. 1905. D. 06-5-26.

(6) Richefort, *op. cit.*, II, n° 335; Marcadé, *op. cit.*, sur l'art. 341, n° 3; Hue, *op. cit.*, III, n° 89; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1513; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, p. 642-3; Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 296.

dans la contestation, parce qu'un mineur est incapable de rendre sa condition pire par la reconnaissance d'une parenté de nature à préjudicier à ses droits successoraux (7).

Le Code civil vénézuélien a tranché la question dans le sens de la jurisprudence française. Son article 244 déclare expressément que le commencement de preuve par écrit est celui de l'article 225, qui est conçu dans les mêmes termes que l'article 324 du Code civil français.

Quant à la preuve de la filiation légitime par témoins, elle n'est admise, tant en droit français (art. 323), qu'en droit vénézuélien (Code civil, article 244) que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit ou lorsque les « présomptions ou indices » résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour en déterminer l'admission. Mais la législation vénézuélienne s'est écartée de la législation française et a suivi le droit italien (art. 190, Code civil italien), en admettant aussi ce mode de preuve pour la filiation naturelle (article 244).

L'art. 341 du Code civil français ne nous parle pas de ces présomptions ou indices, et l'on doit en conclure que le législateur n'a pas voulu le comprendre dans ce qu'il a appelé ici un commencement de preuve (8).

Par contre, il en résulte qu'au Vénézuéla, à défaut

(7) Nîmes, 4 mai 1904. D. 1906-2-129.

(8) Dans ce sens, Rolland de Villargues, op. cit., n° 278 ; Toullier, op. cit., t. II, n° 944-5 ; Duranton, op. cit., t. III, n° 237 ; Demante, op. cit., t. III, n° 570, p. 299, note 17 ; Demolombe, op. cit. t. V, n° 502 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 570, page 299 note 17 ; Laurent, op. cit., t. IV, n° 109 ; Baret, op. cit., p. 93 ; Huc, op. cit., t. III, n° 89 ; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1515 ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 296 ; Grenoble, 24 janv. 1844. D. 45-2-105. S. 45-2-341 ; Toulouse, 13 juil. 1846. D. 48-2-63. S. 48-2-116 ; Caen, 1^{er} mars 1860. D. 61-2-12. S. 61-2-185 ; Paris, 1^{er} juil. 1863. D. 64-1-249. S. 64-1-209 ; Toulouse, 2 mai 1866. D. 66-2-83 ; *Contrà Zachariae*, op. cit., t. I, § 170, note 2, in fine.

d'écrit, l'enfant naturel peut se prévaloir de ces présomptions ou indices, afin de prouver sa filiation maternelle par témoins. C'est ainsi que la conduite tenue envers lui par sa prétendue mère, la ressemblance du visage, de la voix, ou tel phénomène d'hérédité physiologique, peuvent donner lieu à rechercher la maternité, si ces présomptions ou indices sont assez graves. Sur ce point, nous préférons la législation vénézuélienne à celle de la France, car elle facilite la recherche de la maternité qui, étant un fait certain, doit pouvoir se prouver selon le droit commun, c'est-à-dire par tous les moyens.

Le Code civil du *Brésil* de 1916, ne fait aucune distinction entre la recherche de la paternité et celle de la maternité. Son art. 363 est conçu en ces termes : « Les enfants illégitimes des personnes qui ne sont pas visées aux numéros I à IV de l'art. 183 (9), ont une action contre leurs père et mère ou contre leurs héritiers pour faire reconnaître leur filiation dans les cas suivants :

I. Si, au temps de la conception, la mère vivait en concubinage avec le prétendu père.

II. Si la conception de l'enfant a réellement coïncidé avec le rapt de la mère par le prétendu père, ou avec leurs relations sexuelles.

III. S'il existe un acte écrit par ce père, dans lequel il s'attribue la paternité en la reconnaissant expressément.

Nous ne pouvons pas comprendre que cet article ait visé la recherche de la maternité, car les trois hypothèses énoncées concernent la recherche de la paternité. En outre, suivant ce texte, lorsqu'on voudra prouver la

(9) Il s'agit de certains empêchements au mariage.

maternité dont l'origine est alors sans importance, il faudra cependant mettre en cause l'homme qui a eu des relations sexuelles avec la mère prétendue pour prouver un fait qui peut très bien se passer de sa cause. On peut pourtant facilement trouver la mère sans savoir qui est le père. En effet, la caractéristique de la maternité est d'être certaine; tandis que la paternité est incertaine.

Nous ne pouvons pas comprendre l'assimilation de faits aussi différents entre eux que la paternité et la maternité, d'autant plus que pour établir la maternité, il suffit de prouver l'accouchement de la prétendue mère et l'identité de l'enfant accouché de celui qui prétend être cet enfant.

Cette observation faite, nous renvoyons pour l'étude de cet article au chapitre qui, ci-dessous, traite de la recherche de la paternité.

Le Code civil *espagnol* ajoute aux deux hypothèses que nous avons vues, dans lequel le père est obligé de reconnaître l'enfant (aveu et possession d'état), la preuve de l'accouchement de la mère prétendue et l'identité de l'enfant accouché, comme obligeant aussi la mère à reconnaître l'enfant naturel. Inutile de répéter ici ce que nous dirons, à propos de la recherche de la paternité, sur la possession d'état et sur l'aveu. Ce qui nous intéresse ici, c'est de savoir que le Code civil espagnol est le seul, parmi ceux qui font l'objet de notre étude, à admettre la libre recherche de la maternité. La preuve de la maternité peut se faire par tous les moyens. Il s'agit de prouver l'accouchement de la mère prétendue et l'identité de celui qui prétend être le fils, avec l'enfant dont elle est accouchée. Cette preuve n'est pas subordonnée, comme

en France ou au Vénézuéla, à l'existence d'un commencement de preuve par écrit. Elle n'est pas non plus limitée à un certain nombre de cas, comme au Brésil. Nous croyons que le système espagnol est préférable à tous les autres, car il n'y a pas de graves raisons pour restreindre l'admission de la preuve d'un fait, lorsqu'elle peut être fournie.

Mais, bien entendu, il ne suffit pas d'alléguer certains faits qui rendent vraisemblable la maternité, il faut que les preuves apportées soient convaincantes, c'est ce que précise le Code civil espagnol, lorsqu'il exige que l'identité avec l'enfant soit entièrement (*cumplidamente*) prouvée.

L'efficacité de la preuve reste à la libre appréciation des tribunaux.

Si nous comparons la législation vénézuélienne, qui attribue à l'enfant naturel la même condition qu'à l'enfant légitime à l'égard de sa mère et de ses parents maternels (art. 241, C. c.), avec la législation espagnole, qui établit une différence sensible entre l'enfant naturel et l'enfant légitime, tant à l'égard de la mère que du père, nous sommes frappés de constater que la recherche de la maternité naturelle est plus facile pour l'enfant en Espagne qu'au Vénézuéla. Mais ce contraste n'est pas dû à la législation vénézuélienne que comme nous venons de voir, applique les mêmes dispositions pour la preuve de la maternité légitime que pour la recherche de la maternité naturelle. C'est dans le Code civil espagnol que nous trouvons cette particularité. Son article 117 se montre plus sévère pour la preuve de la filiation légitime que l'article 136 pour la filiation naturelle. En effet, l'arti-

cle 117 du Code civil espagnol déclare, qu'à défaut d'acte de naissance, de document authentique, de jugement ferme ou de possession d'état, la filiation légitime pourra être prouvée par n'importe quel moyen (aveu, document privé, témoins), mais à condition qu'il y ait un commencement de preuve par écrit provenant de ses père et mère conjointement ou séparément. Ici la loi espagnole, non seulement exige un commencement de preuve par écrit, mais elle le veut tel que celui défini par l'art. 1347 du Code civil français. Par contre, comme nous avons vu, l'art. 136 n'exige pas le commencement de preuve par écrit pour que l'enfant soit admis à la recherche de la maternité naturelle. Le législateur espagnol, pensons-nous, a cru devoir traiter avec plus de sévérité sur ce point l'enfant légitime, parce qu'il a dû considérer comme suspecte et anormale la situation d'un enfant qui prétend être légitime sans être pourvu d'un acte de naissance, ni d'une possession d'état. Au contraire, la caractéristique de l'enfant naturel est d'être fils de père et mère inconnus aux yeux de la loi, et par conséquent, le fait d'être dépourvu de ces éléments probatoires, est tout à fait normal. En outre, nous avons dit déjà que plus les conséquences sont considérables, plus la loi se montre difficile quant à la détermination de leur cause. Dans notre espèce, les effets de la filiation légitime étant plus importants que ceux de la filiation naturelle, rien de plus naturel que son attitude.

En Allemagne et en Suisse, où l'enfant naturel a, vis-à-vis de la mère et des parents de la mère, la condition juridique d'un enfant légitime (art. 1705 du B. G. B. et art. 324 du C. C. S.), la maternité illégitime résulte du

seul fait de la naissance (art. 302 C. C. S.). L'accouchement est toujours constaté dans l'acte de naissance, car selon les articles 15 et 22 de la loi d'Empire du 6 février 1875, sur l'état des personnes, et l'article 46 du Code civil suisse (10), le nom de la mère doit être inscrit de plein droit dans l'acte de naissance. Donc, si la mère nie l'identité de l'enfant, déclarant qu'il n'est point celui dont elle est accouchée, l'enfant pourra prouver ce fait par tous les moyens possibles. Si, au contraire, la mère ne conteste pas l'identité de l'enfant, la filiation sera établie par l'acte de naissance.

SECTION I

Qui peut intenter l'action en recherche de la maternité

Aujourd'hui, en France, la question, jadis très discutée, de savoir si l'action en recherche de la maternité, appartient à l'enfant seulement, ou à tout intéressé, a été tranchée, croyons-nous, par la loi de 1912, sur la recherche de la paternité.

Cette loi vient déclarer que l'action en recherche de la paternité n'appartient qu'à l'enfant et par là elle a anéanti l'argument capital que l'on faisait valoir pour accorder l'action en recherche de la maternité à tout intéressé : à savoir, qu'on ne pourrait leur refuser ce droit alors qu'il était accordé, pour la paternité, à tout intéressé, outre la mère et l'enfant. Nous croyons, d'autre

(10) Voir Curti-Forrer, *Commentaires du Code civil suisse*, Neuchâtel, 1912, art. 46, note 1.

part, que les termes de l'article 341, « l'enfant qui réclamera sa mère » nous montrent que le législateur a admis la recherche de la maternité, seulement lorsque c'est l'enfant qui la fait. En conséquence, nous la refusons :

1° Aux *héritiers* et aux *légataires* de l'enfant (11). Mais il a été décidé que si l'action en réclamation d'état d'enfant naturel est attachée à la personne de l'enfant et ne peut être exercée à son défaut par ses héritiers ou légataires universels, ces derniers peuvent cependant, au cas où l'enfant naturel a intenté l'action avant son décès, suivre sur cette action et réclamer l'état de leur auteur (12).

2° Aux *descendants légitimes* et *ascendants légitimes*, du vivant de l'enfant, afin d'obtenir, par exemple, des aliments (art. 205 à 207, Code civil).

3° Aux *créanciers* de l'enfant (13).

4° A ceux qui voudraient établir contre l'enfant sa filiation maternelle, pour exercer, par exemple, le droit de réduction, art. 908, Code civil (14). Néanmoins, un arrêt a permis au *ministère public* d'intenter l'action en recherche de la maternité, pour empêcher un mariage incestueux (15).

(1) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1517 ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 335 ; *Contrà*, Richefort, op. cit., t. II, n° 337 ; Marcadé, op. cit., art. 342 ; Demante, op. cit., t. II, n° 70 *bis*, IV ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 570, p. 290, notes 2 et 3 ; Demolombe, op. cit., t. V, n° 520 et 524 ; Baret, op. cit., p. 94 ; Laurent, op. loc cit.

(12) Lyon, 4 janv. 1910. D. 1910-11-257.

(13) Duranton, op. cit., t. III, n° 160 ; Marcadé, op. cit., art. 1166, n° 2 ; Aubry et Rau, op. loc. cit. ; Demolombe, op. cit., t. V, n° 519 et le renvoi ; Baret, op. cit., p. 95 ; Laurent, op. cit., t. IV, p. 155 ; *Contrà*, Toullier, op. cit., t. IV, n° 372.

(14) Duranton, op. cit., t. III, n° 242 ; Marcadé, op. cit., art. 341, n° 8 ; Demolombe, op. cit., t. V, n° 527 ; Baret, op. cit., p. 95.

(15) Grenoble, 14 janvier 1889. D. 90-2-193.

Au *Vénézuéla*, au contraire, nous pensons que *tout intéressé* peut intenter l'action en recherche de maternité. A l'appui de cette opinion, nous invoquons le texte même de la loi qui autorise la recherche de la maternité. L'article 244, al. 1, du Code civil, est ainsi conçu : « La recherche de la maternité est admise, mais jamais contre l'enfant. » Nous croyons que si la loi avait entendu enlever à tout intéressé le droit d'intenter l'action en recherche de la maternité, elle n'aurait pas eu besoin de déclarer que l'action ne sera pas admise dans le cas où elle serait contre l'enfant. Si elle a voulu protéger l'enfant d'une manière expresse, c'est parce qu'elle prévoyait qu'un tiers pourrait venir exercer cette action au préjudice de l'enfant. Il faut conclure que la seule restriction imposée par la loi aux intéressés, est de ne pas pouvoir agir contre les intérêts de l'enfant. C'est la conception de l'avant-projet Laurent, qui dans son article 321 déclare : « les parties intéressées peuvent rechercher la maternité. Elle ne peut être recherchée contre l'enfant ».

Le Code civil espagnol, ne faisant pas allusion expressément à l'enfant, et l'action en recherche de la maternité constituant une action en réclamation d'état, nous concluons par l'étendre à tout autre que l'enfant (16).

L'article 363 du Code civil brésilien, déclare très clairement que les *enfants illégitimes*... ont une action contre les père ou mère ou contre leurs héritiers pour faire connaître leur filiation. Par là il exclut tout autre intéressé.

(16) Dans ce sens, Manresa, op. cit., t. I, p. 549.

SECTION II

Quand l'action en recherche de la maternité doit-elle être exercée . Sujet passif de l'action

L'action en recherche de la maternité étant une réclamation d'état, elle est en principe imprescriptible.

Les législations française, vénézuélienne et brésilienne, n'ayant pas apporté dans notre espèce une dérogation à ce principe, nous devons conclure que l'exercice de l'action en recherche de la maternité est toujours possible. Exception faite de ce que nous avons dit quant au titulaire de l'action, qui peut être seul l'enfant ou tout intéressé, selon les législations.

Rien ne s'oppose ainsi à ce que l'action soit intentée contre les héritiers de la mère. Cela est expressément dit par le Code civil brésilien, article 363.

Par contre, le Code civil espagnol a limité à la vie de la mère, le temps pendant lequel peut être exercée l'action. Son article 137 déclare : « Les actions en recherche de la maternité ou de la paternité pourront être exercées seulement du vivant de leurs père et mère, sauf dans les cas suivants : 1° si le père ou la mère est décédé pendant la minorité de l'enfant, dans ce cas, celui-ci pourra intenter l'action dans les quatre premières années qui suivent sa majorité; 2° si après la mort du père ou de la mère, il y a eu apparition de quelque document dont on n'aurait pas eu connaissance jusqu'alors et dans lequel l'enfant est expressément reconnu. Dans ce cas, l'action doit être intentée dans les six mois qui suivent la

découverte du document. La raison d'être de cet article est dans le souci d'éviter les réclamations frauduleuses, plus faciles à prospérer sans l'intervention du père ou de la mère. Cependant, le législateur a prévu les deux cas que nous venons de voir, dans lesquels l'enfant serait injustement sacrifié comme conséquence d'une abstention forcée. Mais cette protection de l'enfant, dans un grand nombre de cas, peut résulter dérisoire, car bien souvent l'enfant ne voulant pas s'exposer à perdre les faveurs dont il était l'objet de la part de ses parents, et devant l'incertitude du résultat de son action, laissera passer le temps marqué par la loi. En effet, la possession d'état étant, en droit espagnol, un des faits qui obligent la mère ou le père à reconnaître l'enfant, on conçoit assez facilement l'intérêt qu'a l'enfant à ne pas indisposer ceux qui le traitent en qualité de fils.

Le document visé par la seconde hypothèse de l'article 137 peut n'être pas public, ni émaner certainement (*indubitado*) du père ou de la mère, à condition, toutefois, qu'il contienne l'aveu exprès de la paternité ou de la maternité.

Au Brésil, l'action n'appartenant qu'à l'enfant, il s'ensuit qu'elle s'éteint avec la mort de l'enfant, qui, de son vivant, pourra l'exercer contre sa mère ou ses héritiers.

Au Vénézuéla, de même que l'action en paternité, l'action en recherche de la maternité est imprescriptible. Elle peut être intentée contre les héritiers de la mère.

CHAPITRE II

RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

SECTION I

Législation admettant le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité

§ 1. — CAS SUFFISANTS PAR EUX MÊMES A DÉCLARER LA PATERNITÉ NATURELLE

Dans certaines législations, qui interdisent la recherche de la paternité, nous trouvons énumérés quelques faits qui, par eux-mêmes, suffisent à faire déclarer la paternité. Le rôle du tribunal se limite à vérifier l'existence des hypothèses prévues par la loi ; l'ayant constatée, il est obligé de déclarer la paternité. Le tribunal ne juge pas sur la question de savoir si le défendeur est ou non le père. Même convaincu de la non paternité du défendeur, le juge est obligé de le déclarer père, si le demandeur s'appuie sur l'un des faits énoncés par la loi. C'est ainsi que l'article 135 du Code civil espagnol n'établit pas, à proprement parler, une recherche de la paternité, car il déclare que le père sera obligé de reconnaître l'enfant naturel dans les cas suivants :

1° Lorsqu'il existe un écrit certain (*indubitado*) émanant de lui, où il reconnaît expressément sa paternité.

2° Lorsque l'enfant a une possession d'état continue d'enfant naturel du défendeur, justifiée par actes directs du père ou de sa famille.

3° Dans les cas de viol et d'enlèvement (*estupro, rapto*), l'article 135 nous renvoie au Code pénal, qui condamne les coupables de viol ou d'enlèvement, à reconnaître la descendance qui en est la conséquence, si la qualité de leur origine ne s'y oppose pas (art. 464).

Nous avons considéré les deux premiers cas comme constituant de véritables preuves de la filiation naturelle. Ils ont été étudiés à propos de la reconnaissance volontaire. Nous n'y reviendrons pas.

Quant à la sanction prévue pour les actes criminels énumérés dans le deuxième alinéa, elle n'est point le résultat d'une action en recherche de la paternité, mais une condamnation imposée à l'auteur de ces actes. Il ne s'agit pas de savoir si la grossesse de la mère en est la conséquence. Le défendeur ne pourra pas prouver sa non paternité, si le tribunal considère qu'il a commis un viol ou un enlèvement et la déclaration de paternité en résultera nécessairement.

Le demandeur n'a de son côté, aucune preuve de paternité à établir.

Mais remarquons que dans le nouveau Code pénal espagnol, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1929, l'article 464, qui condamnait l'auteur du viol ou de l'enlèvement, à reconnaître la descendance, n'a pas été reproduit. Faut-il conclure de cette omission que, dorénavant, les actes criminels visés par le Code pénal de 1870, n'entraîneront plus une reconnaissance forcée ?

A nous en tenir strictement au nouveau Code, il semble

que l'article 858 écarte l'ancienne disposition de l'article 464.

Mais nous croyons qu'il faut tenir compte de l'intention du législateur qui rédigea l'article 135 du Code civil en 1889.

En renvoyant au Code pénal, antérieurement rédigé, il a voulu éviter une répétition inutile. Il a renvoyé d'une manière expresse à ce qui était dit dans le Code pénal de 1870 non point à ce que le Code pénal disposerait plus tard, mais, à ce que le Code pénal disposait au moment de la promulgation du Code civil. Il en résulte que, tant qu'une loi d'ordre civil ne vient apporter une modification, l'article 464, de l'ancien Code pénal, est encore applicable aux auteurs de viols ou d'enlèvements.

Le Code civil suisse prévoit certains cas qui, par eux-mêmes suffisent à faire déclarer la paternité. L'article 323 est conçu en ces termes : « Le juge, sur les conclusions de la partie demanderesse, *déclare* la paternité du défendeur, lorsque ce dernier avait *promis le mariage* à la mère ou lorsque la cohabitation a été un *acte criminel* ou un *abus d'autorité*. » De l'exegèse de cet article, nous voyons encore que le juge n'a pas un pouvoir de libre appréciation. Il doit prononcer nécessairement la déclaration de paternité si les faits énumérés par la loi ont eu lieu. Mais encore faut-il que la partie demanderesse réclame cette déclaration dans ses conclusions ; c'est l'application de la règle : *Non eat judex ultra petite partium*.

Remarquons que l'avant-projet (art. 347) et le projet du Conseil fédéral (art. 328), n'imposaient pas au juge l'obligation de déclarer la paternité, mais l'intro-

duction du mot « déclare », dans le Code civil suisse, enlève au juge toute liberté d'appréciation. Nous pensons que le législateur a voulu sanctionner certains faits qui, quoique ne suffisant pas par eux-mêmes à prouver d'une manière certaine la paternité, méritent d'être considérés comme entraînant sa déclaration, car la femme qui a été victime de l'un de ces faits, prouve qu'elle est d'une honnêteté et d'une conduite irréprochables. Il ne s'agit pas d'une recherche de paternité, il s'agit de l'application d'une grave présomption qui a la valeur d'une certitude. Le défendeur ne pourra pas invoquer l'infidélité de la femme pendant l'époque de la conception. Il ne pourra pas même établir sa certitude de non paternité. Il suffit que l'un des faits énumérés par la loi ait été accompli, pour que son auteur soit déclaré père de l'enfant avec toutes les conséquences d'état civil.

a) *Promesse de mariage.* — Parmi ces faits figurent, en première place, la promesse de mariage. Lorsque l'homme emploie cet artifice pour vaincre les résistances d'une femme, c'est parce qu'elle est d'une conduite honorable. Presque toutes les législations modernes n'attribuent pas d'effets juridiques à la promesse de mariage (1). Mais en Suisse, elle a constitué et constitue encore un engagement sérieux (2). Le mariage n'est qu'une formalité pour la société, il a moins d'intérêt pour les fiancés que pour le public (3). De là, la grave

(1) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 788 et suiv.

(2) L'action en déclaration de paternité dans les cantons de Zurich, parag. 686, Schaffhouse parag. 266, Glaris parag. 200, Thurgovie parag. 202, était admise exceptionnellement en faveur des « Bräut-Kinder », ou enfants des fiancés.

(3) Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 15.

présomption de fidélité dont jouit la femme qui a reçu la promesse de mariage. Mais pour qu'on puisse présumer cette fidélité, il faut que la cohabitation ait suivi la promesse de mariage et ne l'ait point précédé ; autrement, la cause déterminante du rapport sexuel avec le père prétendu n'a pas été la promesse de mariage et l'on peut alors douter des mœurs de la femme (4).

Néanmoins, on a tiré du silence du Code et des travaux préparatoires, une interprétation contraire.

Le projet du Conseil fédéral, art. 328, exigeait l'antériorité de la promesse, mais cette disposition fut rejetée sur la proposition de la Commission du Conseil National (5). Et du silence du Code sur ce point, on conclue que le législateur n'a pas voulu exiger, pour la déclaration de paternité, que la promesse de mariage fût antérieure à l'époque de la conception (6).

Mais qu'entend-t-on par promesse de mariage ? C'est la déclaration faite par le défendeur à la mère, à n'importe quel moment de la conception, ou auparavant, qu'il l'épousera. A n'importe quel moment de l'époque de la conception, disons-nous, parce que le moment de la conception est fixé selon l'intérêt de l'enfant.

Le seul fait d'avoir promis le mariage suffit pour que le défendeur soit déclaré père de l'enfant, quelle que soit la forme qu'ait revêtue la promesse, qui peut avoir été un simple engagement verbal (7).

Il n'est pas nécessaire que le promettant soit capable

(4) Rossel et Mentha, *op. cit.*, t. I, p. 384. A. T. F., 7 juin 1916. Vol. 42, p. 185 et s. ; Curti-Forier, *op. cit.*, art. 323, note 3.

(5) Bull. XV, p. 776-782.

(6) Robert, *op. cit.*, p. 289-290. Egger, art. 323, n° 3.

(7) Rossel et Mentha, I, p. 384. A. T. F. XLII2, 181-535-534.

de s'engager (art. 90, al. 2). L'article 328 du projet du Conseil fédéral déclarait : « La promesse de mariage faite par un mineur, a le même effet que s'il était capable de discernement. » Cette disposition ayant été supprimée comme superflue, il en résulte que la promesse faite par un mineur sans le consentement de son tuteur, l'engage (art. 90). Engage de même son auteur, la promesse de mariage faite sous la condition qu'une grossesse résulterait des relations recherchées (9).

b) *Actes criminels*. — Nous pensons que le législateur a présumé ici, comme dans le cas de promesse de mariage, l'honnêteté de la femme qui n'a cédé que devant la force brutale de l'homme. La conduite de l'homme envers cette femme, prouve qu'elle est honnête et l'on présume qu'elle n'est pas enceinte des œuvres d'un autre que l'auteur de l'acte criminel.

Viol et enlèvement. — Parmi ces actes criminels, tout le monde s'accorde à admettre le viol et l'enlèvement. Mais sur le sens de ce dernier mot, les auteurs ont des opinions différentes. Les uns considèrent que le rapt doit avoir été effectué avec violence et excluent de l'application de l'article 323, le rapt de séduction où la fille vaincue « blandis orationibus », a consenti à suivre son séducteur (10). D'autres soutiennent que le rapt de séduction est aussi un acte criminel au sens de l'art. 323 (11).

Si nous considérons les graves conséquences qu'en-

(8) A. T. F., loc cit. Contrà Curti-Forer, art. 323, note 3.

(9) Même arrêt, loc. cit.

(10) Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 384.

(11) Robert, op. cit., p. 291.

traînent ces actes criminels, nous croyons que les termes de la loi doivent être interprétés strictement. D'autant plus que la présomption de paternité, dans le cas d'enlèvement par séduction, où la jeune fille suit l'homme volontairement, est moins forte, car l'on est tenté de croire à sa légèreté.

Certains auteurs sont allés jusqu'à comprendre l'adultère, l'inceste, parmi les actes criminels, dont parle le Code civil. Curti-Forrer déclare qu'il n'est pas nécessaire que l'acte soit qualifié « crime » au sens du droit pénal. Ainsi, l'inceste, l'adultère, si le défendeur seul était marié, la demanderesse l'ignorant, sont des faits qui rentrent dans la catégorie des actes criminels de l'article 323 (12), à moins qu'une disposition expresse ne s'y oppose (13). Sans doute la prohibition de la reconnaissance incestueuse établie par l'article 303 n'a pas été formulée pour l'action en paternité, mais nous croyons qu'il y aurait une contradiction à admettre la déclaration d'une paternité incestueuse, alors que l'article 303 s'oppose à la reconnaissance d'un enfant incestueux. D'autre part, l'article 323, al. 2, qui interdit la déclaration de paternité lorsque le défendeur était déjà marié lors de la cohabitation qui a causé la naissance de l'enfant, nous porte à croire que le législateur n'a pas pu admettre la déclaration dans un acte encore plus scandaleux que l'adultère.

Enfin, pour qu'il y ait acte criminel au sens de l'article 323, et par conséquent déclaration de paternité, il n'est pas nécessaire que l'auteur soit condamné. La déclara-

(12) Curti-Forer, *op. cit.*, art. 318, note 4, art. 323, note 4.

(13) Decoppet, *op. cit.*, p. 193.

ration de paternité a lieu, même si le défendeur est acquitté comme irresponsable (14). Il suffit pour cela que le Tribunal civil constate l'existence du fait prévu par l'article 323.

c) *Abus d'autorité*. — L'abus d'autorité, « abusats dei rapporti di potestà » en italien, prévu par le Code, suppose que la femme est placée sous les ordres de l'homme. Il n'est pas nécessaire que cette subordination émane de la loi comme celle d'une pupille à son tuteur. Une subordination de fait suffit. Le pouvoir du maître sur une servante, de l'instituteur sur son élève, permet, le cas échéant, d'invoquer l'abus d'autorité sanctionné par l'article 323 (15). Mais il faut que la cohabitation ait été obtenue par l'exercice de ce pouvoir.

C'est ainsi que l'employée qui accepte de cohabiter avec son patron, sans que celui-ci ait usé de son autorité, ne peut pas invoquer l'article 323.

N'importe lequel des faits que nous venons de voir, suffit pour qu'un jugement civil fixe la parenté de l'enfant à l'égard de la famille du père. Mais la loi s'oppose à la déclaration de la paternité, si le défendeur était déjà marié au moment de la cohabitation (art. 323, al. 2) et seulement s'il l'a été pendant toute la période de la conception. Car les délais de la gestation prévus par la loi sont introduits en faveur de l'enfant (16). Cette disposition ne vise que le cas du défendeur marié. Aussi, la paternité de l'enfant naturel d'une femme mariée peut

(14) Curti-Forrer, op. cit., 318, note 5.

(15) Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 384 ; Curti-Forrer, op. cit., art. 318, note 6.

(16) Voir cependant Curti-Forrer, op. cit., art. 323, note 8.

être établie une fois que la filiation illégitime de l'enfant a été déclarée par le juge (art. 316). Mais le mariage du père à l'époque de la conception ne s'oppose pas à la condamnation aux prestations pécuniaires prévues par l'article 318 (17).

§ 2. — CAS INSUFFISANTS PAR EUX-MÊMES A ÉTABLIR
LA PATERNITÉ NATURELLE OU CAS D'ADMISSIBILITÉ
DE LA RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

Toutes les hypothèses que nous allons étudier, dans lesquelles la recherche de la paternité est admise par la loi, tout en maintenant le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité, ne permettent pas par elles-mêmes de la déclarer judiciairement. Nous croyons que les juges doivent compléter ces hypothèses de certains faits pour que la paternité soit certaine, car ces cas d'admissibilité de la recherche de la paternité, ne prouvent pas entièrement que le défendeur soit le véritable père de l'enfant qui agit contre lui (18).

L'article 340 du Code civil français, l'article 242 du Code civil vénézuélien, et l'article 363 du Code civil brésilien, soumettent la déclaration de la paternité à la libre appréciation des tribunaux. Cela ressort très clairement

-
- (17) A Bâle Ville, art. E. G. 0.99 était interdite toute action en paternité, même dans ce cas ne poursuivant qu'un but pécuniaire. AZurich, art. 291 litt. b. Thurgovie, art. 192 litt. b. Schaffhouse, art. 260 litt. C. Zoug, art. 63 litt. b., l'action en paternité était interdite lorsque la mère avait cru que l'homme avec qui elle entretenait des relations était marié.
- (18) Dans ce sens, Julliot de la Morandière, Rev. trim. de droit civil, 1910, p. 879. Voir aussi J. Off. 17 juin et 12 novembre 1910, Débat parlementaire, Sénat, p. 1517 et 1735 ; Aubry et Rau, t. IX, § 569, p. 271, note 8 ; Contrà Wahl. Revue trim. de droit civil, 1913, p. 75, n° 10.

de ces textes, en particulier de l'article 340 du Code civil français. La loi du 16 novembre 1912, qui modifia profondément cet article, commence par ces mots : « La paternité hors mariage *pourra* être déclarée. » Nous voyons que le Code a employé le verbe pouvoir au lieu du verbe devoir, ce qui implique que les juges ne sont pas tenus de prononcer la déclaration de la paternité lorsqu'ils se trouvent en présence d'une des hypothèses prévues par la loi. Mais bien entendu, ils ne peuvent pas déclarer non recevable une demande présentée dans l'un des cas énumérés par l'article 340 nouveau.

L'article 242 du Code civil vénézuélien de 1922, est conçu en ces termes : « Toute recherche de la paternité illégitime est interdite et aucun tribunal ne pourra l'admettre, sauf dans le cas d'enlèvement ou de viol, lorsque l'époque de l'enlèvement ou du viol coïncidera avec celle de la conception. » Le texte dit *on ne pourra pas l'admettre*, sauf dans les deux cas prévus, pour lesquels il laisse au tribunal la liberté d'appréciation.

Nous constatons, en effet, que le texte vénézuélien emploie le mot « pourra » comme la loi de 1912 en France (19).

Le Code civil brésilien de 1916, dans son article 363, déclare que « les enfants illégitimes ont une action contre leurs père et mère ou contre les héritiers de ceux-ci pour faire reconnaître leur filiation », dans les cas qu'il énumère. Ils ont une action, mais cela ne veut pas dire que l'action étant introduite, le juge doit nécessairement déclarer la filiation, d'autant moins, pour la paternité,

(19) Voir dans ce sens, Dominici, op. cit., t. I, p. 334.

que, comme nous le verrons dans un instant, les circonstances énumérées par le texte, sont loin de l'établir par elles-mêmes.

Nous concluons donc que les hypothèses envisagées par ces trois législations, sont des simples *cas d'admissibilité de la recherche de la paternité*.

a) CAS COMMUN AUX LÉGISLATIONS FRANÇAISE,
VÉNÉZUÉLIENNE ET BRÉSILIENNE

L'enlèvement. — Ces trois législations admettent l'action fondée sur l'enlèvement lorsqu'il s'est effectué à l'époque de la conception (20).

Qu'entend-on par enlèvement ? Faut-il qu'il soit accompagné de violence ou existe-t-il même dans le cas où la femme a librement suivi son séducteur ? En France, à nous en tenir à la lettre du nouveau texte (art. 340, Code civil), la première chose qui nous frappe sur ce point, c'est l'introduction du viol à côté de l'enlèvement. Cela nous porte à penser que l'enlèvement ne comprend pas seulement le rapt avec violence, mais aussi le rapt au moyen de séduction, car si le législateur avait envisagé seulement le cas d'enlèvement accompagné de violence, il lui aurait suffi de dire que la recherche de la paternité serait admise dans le cas de viol, par là il aurait compris l'enlèvement avec violence, car toutes les fois qu'un enlèvement de ce genre a lieu, il y a viol prolongé. Nous pensons donc qu'il a voulu donner au mot enlèvement un sens plus large sans lequel il serait d'une inutilité manifeste.

(20) Art. 340 C. civ. fr.; art. 242 C. civ. vén.; art. 363 C. civ. brés.

La question était plus obscure dans l'ancien article 340, qui admettait la recherche de la paternité seulement dans le cas d'enlèvement. On était tenté d'interpréter le mot d'enlèvement dans son sens strict et d'exiger qu'il fut accompagné de violence, car la probabilité de la paternité n'existe plus quand la femme jouit de sa liberté (21). Par contre, on assimilait à l'enlèvement le viol qu'on considérait comme un « enlèvement momentané » (22). Mais la controverse ne peut pas subsister sur le nouveau texte, d'autant plus que le deuxième alinéa de l'article 340 vient confirmer notre opinion, en autorisant la recherche de la paternité dans le cas de séduction accompli à l'aide de manœuvres dolosives, s'il existe un commencement de preuves par écrit. Il est très logique que la loi autorise aussi la recherche de la paternité lorsqu'il y a eu séduction suivie d'enlèvement, sans exiger alors la preuve par écrit.

Mais contre ces arguments de logique, nous trouvons l'intention du législateur dans les travaux préparatoires. M. Guillier, dans son rapport, déclare que « l'enlèvement qui est un fait de violence, accompagnée d'une séquestration plus ou moins prolongée, constitue le seul cas pour lequel l'article 340 autorise la recherche de la paternité..., et à cet égard, le projet qui vous est soumis n'innove pas, mais il place le viol sur la même ligne que l'enlèvement » (23).

Pour que le rapt constitue une cause d'admissibilité de la recherche de la paternité, il suffit qu'il soit prouvé devant le tribunal civil. Il n'est pas nécessaire qu'il soit

(21) Voir dans ce sens, Laurent, *op. cit.*, t. IV, p. 147, n° 96.

(22) Demolombe, *op. cit.*, t. V, n° 491.

(23) Journal Off., débat parl. Sénat 1910, p. 301.

constaté par la juridiction répressive, car ce n'est pas son caractère d'acte criminel qui autorise la recherche de la paternité, mais la grave présomption de paternité qu'il a créé. L'acquiescement par le jury ne démontre pas que l'acte criminel n'a pas existé. Il n'établit que la non culpabilité (24). En outre, lors de la rédaction du Code civil, on n'a pas pu se référer au Code pénal, qui n'était pas encore élaboré. C'est ainsi que l'expression « régulièrement constatée » remplacée après par « judiciairement constatée », a été supprimée par le législateur de 1912.

Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu séquestration, car le viol est considéré aujourd'hui comme cause d'admissibilité (25) ; d'autre part, on ne doit pas exiger que la femme apporte la preuve qu'elle n'a pas eu de relations avec des tiers, car le ravisseur peut invoquer les fin de non-recevoir ordinaires. Mais bien entendu, plus la séquestration aura duré, plus la présomption de paternité sera certaine (26).

Le Code civil vénézuélien comprend aussi l'enlèvement parmi les cas de recherche de la paternité (article 242). Ici aussi, ce terme doit être entendu dans un sens large, comme désignant le rapt par violence et le rapt par séduction, car la loi vénézuélienne permet ensuite d'invoquer le viol pour intenter la recherche de la paternité. Si le législateur n'avait pas voulu prévoir

(24) Julliot de la Morandière, *Rev. trim. droit civil*, 1910, p. 881 ; Savatier, *Recherche de la paternité*, pp. 29 et 30 ; Planiol et Ripert, p. 508, n° 1525.

(25) Voir cependant Savatier, *op. cit.*, p. 27.

(26) Whal, *op. cit.*, n° 20 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, t. IX, § 569, p. 272, note 11.

l'enlèvement par séduction, il eut été manifestement inutile de parler d'enlèvement, puisque celui-ci est nécessairement compris dans le cas viol lorsqu'il a été exécuté avec violence.

De même qu'en droit français, l'action en recherche de la paternité n'est pas subordonnée à la constatation du fait criminel par le tribunal répressif (27). Autrement, l'enfant ne pourrait pas exercer l'action civile en recherche de la paternité chaque fois que le tribunal répressif aurait acquitté le ravisseur, puisque celui-ci pourrait lui opposer l'autorité de la chose jugée (28). De même, la mort du ravisseur avant la décision du tribunal répressif placerait l'enfant dans l'impossibilité d'exercer l'action (29).

Quant au Code civil *brésilien*, nous ferons remarquer seulement que l'article 363 déclare que l'action pour faire reconnaître la filiation est admise.

« 2° Lorsque la conception de l'enfant a réellement coïncidé avec le rapt de la mère par le père prétendu, ou avec leurs relations sexuelles. » Les derniers mots de cet article : « leurs relations sexuelles » enlèvent tout intérêt à la détermination du sens du mot rapt, et nous n'arrivons pas à comprendre pourquoi le législateur brésilien a mentionné le rapt dans cet article, puisqu'il admet que les relations sexuelles suffisent comme fondement à une action en recherche de paternité. Comment admettre que le ravisseur soit le père de l'enfant sans avoir eu des relations sexuelles avec la mère ravie ?

(27) Voir dans ce sens Dominici, *op. cit.*, t. I, p. 334.

(28) J. Off., parl. Sénat, 1910, p. 1505, 3^e col.

(29) J. Off., parl. Sénat, 1910, p. 1505, 3^e col.

Peut-être le législateur a-t-il voulu présumer dans le cas de rapt l'existence de relations sexuelles, et dispenser le demandeur d'en apporter la preuve.

L'acte criminel, une fois établi, on doit prouver qu'il a coïncidé avec l'époque de la conception. Qu'entendent ces trois législations par époque de la conception ? Est-ce la période légale de 121 jours établie pour la filiation légitime ou bien le moment approximatif de la conception déterminée par des experts ? Nous avons étudié cette question ci-dessus, dans le chapitre intitulé « Epoque de la conception des enfants illégitimes », où nous nous sommes prononcés en faveur de l'extension de l'époque légale de la conception de la filiation légitime à la filiation naturelle. Il faut dire qu'en France, le rapporteur de la loi de 1912 se déclara partisan du maintien de la présomption légale de l'article 312 (30), qui fixe à 121 jours l'époque légale de la conception, et que la jurisprudence s'est prononcée dans ce sens (31). Il va de soi qu'il n'est pas nécessaire que l'enlèvement persiste tout le temps de la conception. Il suffit que les relations se soient produites à cette époque.

b) CAS COMMUN AUX LÉGISLATIONS FRANÇAISE
ET VÉNÉZUÉLIENNE

Viol. — L'article 340 du Code civil français et l'arti-

(30) « Nous sommes partisans du maintien de la présomption légale. » (Déclaration de M. Guillier, Sénat, 10 nov. 1910. J. Off. de 1911, p. 1721. Dans ce sens, Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 894; Whal, op. cit., n° 21 ; Bartin sous Aubry et Rau, op. cit., § 569, p. 271, note 1 octies, t. IX ; Savatier, op. cit., p. 29.

(31) Req. 21 déc. 1920. D. P. 1921, 1-55 ; Req. 12 janv. 1921, D. P. 22-1-36.

de 242 du Code civil vénézuélien donnent le même effet à l'enlèvement et au viol. Nous venons de voir qu'avant 1912, quelques auteurs avaient cherché à assimiler le viol à l'enlèvement, celui-ci étant considéré comme un viol prolongé. Leur interprétation a été consacrée par la loi de 1912.

Comme nous l'avons dit pour l'enlèvement, il n'est pas nécessaire, pour que l'action en recherche de la paternité fondée sur le viol soit recevable, que ce crime ait été préalablement l'objet d'une condamnation pénale.

Mais qu'entend-t-on par viol en droit vénézuélien ? Le Code pénal de 1926 énonce, dans son article 375, tous les cas possibles de viol. Il commence par déclarer, d'une manière générale, coupable de viol, toute personne qui, moyennant violence ou menaces, a contraint une personne de n'importe quel sexe à un acte charnel. Puis il frappe même comme coupable de viol, en l'absence de violence ou de menaces, celui qui a eu des rapports sexuels :

1° Soit avec un mineur de 12 ans ;

2° Soit avec un mineur de 16 ans, s'il est son ascendant, son tuteur ou son instituteur ;

3° Soit avec une personne qui, se trouvant arrêtée ou condamnée, a été confiée à sa surveillance ;

4° Soit enfin avec une personne incapable de résister pour cause de maladie physique ou mentale ou pour toute autre cause indépendante de la volonté du coupable, ou en conséquence de l'emploi de moyens frauduleux, de substances narcotiques ou d'excitants.

Mais, comme nous venons de le dire, le tribunal civil

n'est pas obligé d'attendre et de se soumettre à la décision du tribunal répressif.

Cependant, au Vénézuéla, cette indépendance du tribunal civil est sans intérêt pratique, car le plus souvent la partie lésée intentera l'action devant les tribunaux répressifs qui ont le pouvoir de condamner l'auteur de l'enlèvement ou du viol à payer une indemnité, s'il n'y a pas mariage, à doter la femme célibataire ou veuve et, en tout cas, honnête (art. 395, al. 3 du Code pénal). En outre, dans la même sentence, on déclarera que la descendance jouira du même droit que la loi civile accorde aux enfants légitimes, si l'état de leurs père et mère le permet, et en tout cas, on condamnera le coupable à entretenir la descendance (art. 395, al. 4, Code pénal). Nous remarquons qu'ainsi, on aura généralement plus d'intérêt à agir par la voie criminelle, car non seulement la mère sera indemnisée et la descendance reconnue, mais celle-ci sera considérée comme légitime. Il va sans dire que si le délit est couvert par la prescription, on ne pourra plus agir par cette voie et que l'on perdra tous les bénéfices résultant d'une condamnation du tribunal répressif.

c) CAS COMMUNS AUX LÉGISLATIONS FRANÇAISE
ET BRÉSILIENNE

a) *Aveu*. — Ces deux législations, bien qu'imposant certaines formalités pour que la reconnaissance soit valable, n'ont pas voulu dépourvoir de tout effet celle que l'on a faite sans remplir les conditions exigées. C'est ainsi que la loi de 1912 admet la recherche de la paternité

« dans le cas où il existe des lettres ou quelque autre écrit privé émanant du père prétendu et desquels résulte un aveu non équivoque de paternité ». (Art. 340, 3^e al. du Code civil) et l'article 363 du Code civil brésilien déclare que « l'enfant illégitime a une action pour faire reconnaître sa filiation, s'il existe un acte écrit par le père, dans lequel il s'attribue la paternité, en la reconnaissant expressément ».

Si ces législations ont pris en considération l'aveu du père, cela ne veut pas dire qu'elles lui ont attribué la même valeur qu'à la reconnaissance faite sous la forme légale. Elles ont au contraire maintenu une profonde différence entre les deux reconnaissances. L'une établit la filiation par elle-même, l'autre est soumise à l'appréciation des juges. Si la loi a donné un pouvoir discrétionnaire aux juges, c'est parce que l'aveu peut ne pas être sincère. Il peut être le produit d'une complaisance envers la mère. C'est ce que les juges auront à discerner. Telle est l'idée émise dans le rapport au Sénat. « Le tribunal aura à vérifier les conditions dans lesquelles les écrits auront été faits et produits en justice. Il s'assurera qu'ils sont l'œuvre d'une volonté consciente, librement exprimée, il pèsera les termes de la correspondance et des documents qui lui seront soumis et quand, après un examen approfondi, il aboutira à la certitude, ou à la conviction que le père, d'une façon non équivoque, reconnaît sa responsabilité, il pourra s'appuyer sur cet aveu pour lui imposer les obligations inhérentes à la paternité... Les magistrats ne sont pas rigoureusement obligés de tenir pour exactes toutes les reconnaissances sous seing privé dont on excipera à leur barre ».

Pour justifier l'intervention des juges, M. de La Morandièrre s'exprime ainsi : « Que d'amants inexpérimentés auraient la faiblesse de se laisser arracher par leur maîtresse des reconnaissances de complaisance, si celles-ci pouvaient valablement être faites, en dehors de la présence de tout notaire, peut-être même sur l'oreiller (32). »

D'autre part, les effets produits par une reconnaissance formelle sont opposables à tout le monde, tandis que la déclaration de paternité prononcée par les juges sur un aveu ne produit d'effets qu'entre les parties en cause. Cependant, l'aveu admis par les tribunaux entraîne des conséquences définitives, car la reconnaissance qui en résulte ne peut plus être contestée, tandis qu'il est possible d'attaquer une reconnaissance authentique en invoquant une cause légitime.

L'article 340, 3^e alinéa, exige que l'aveu soit non équivoque. Peu importe la qualité de l'écrit qui le contient, même s'il est sans signature ni date, même s'il est adressé à des tiers (33). Mais il est indispensable qu'il soit *écrit*; un aveu oral n'a aucune valeur (34).

C'est ainsi qu'il a été décidé que la preuve que le père ne s'est pas caché pour avouer sa paternité n'est pas recevable ; tel est le cas de la promesse faite pendant la grossesse, de venir en aide et de payer les frais de l'accouchement, si cet aveu ne résulte pas de lettres ou d'autres écrits (35).

(32) Julliot de la Morandièrre, Rev. trim. de droit civil, 1910, p. 872 et s.

(33) Rapport à la Chambre, Viollette, p. 35. Rapport au Sénat, 1908, n° 369 ; Guillier, Sénat, Déb. parl., J. Off, 11 nov. 1910, p. 1725, 1^{re} col.

(34) Trib. Seine, 24 oct. 1913, D. 14-2-98 ; Caen, 8 juillet 1914. D. 20-2-94.

(35) Trib. civ. Seine, 24 oct. 1913. D. 14-11-98.

Un aveu unique peu suffire : le texte de la loi et les travaux préparatoires l'affirment (36).

Le caractère de non équivoque exigé par la loi doit se rapporter à la paternité et non à la séduction. Il a été décidé qu'une lettre relative à l'envoi et à l'emploi de substances abortives peut constituer un aveu non équivoque de paternité (37).

Par contre, il a été jugé aussi qu'un aveu même non équivoque de paternité, ne peut justifier la déclaration judiciaire de cette paternité, lorsqu'il émane d'un mineur de 18 ans qui a eu une seule fois des relations avec la mère de l'enfant, de sept ans plus âgée que lui, et dont il n'a pu vérifier la conduite. Peu importe que le temps écoulé entre les relations et l'accouchement, corresponde à la période normale de gestation (38).

Le Code civil brésilien exige un acte écrit par le père et un aveu exprès (art. 363, al. 3). En précisant ainsi que l'acte doit être écrit par le père, il semble écarter l'acte écrit par un tiers sous l'ordre du père. Par contre, en droit français, la loi impose seulement que l'écrit émane du père, et non qu'il soit écrit par lui (39).

La loi brésilienne déclare aussi que l'aveu doit être exprès, ce qui écarte toute reconnaissance tacite, et implicite. Par contre, en France, l'aveu peut être implicite (40).

(36) Rapport au Sénat, loc. cit. Rapport à la Chambre, pp. 34, 35.

(37) Bordeaux, 7 mars 1927. D. 27-11-81, note de M. Savatier.

(38) Bourges, 28 fév. 1922. D. 23-11-157.

(39) Civ., 10 mars 1923. *Caz. Pal.* 23-1-636.

(40) Savatier, *op. cit.*, p. 57.

b) Concubinage . — L'article 340 du Code civil français, dit que la paternité hors mariage peut être judiciairement déclarée... « 4° Dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu en état de concubinage notoire pendant la période légale de la conception. »

De même, l'art. 363 du Code brésilien accorde aux enfants illégitimes une action contre leurs père et mère ou contre les héritiers de ceux-ci pour faire reconnaître leur filiation : 1° si au temps de la conception la mère vivait en concubinage avec le père prétendu ».

Les deux législations autorisent donc la recherche de la paternité dans le cas de concubinage, mais le texte français exige qu'il soit notoire.

Qu'entend-t-on par concubinage ? Il faut commencer par distinguer le concubinage de la cohabitation qui est simplement le fait d'habiter sous le même toit ; sans quoi on exposerait même un homme d'un certain âge et d'une honnêteté à toute épreuve, à être déclaré père de l'enfant de la femme ou de la servante qui habite sa maison. D'autre part, la cohabitation n'est pas nécessaire pour qu'il y ait concubinage. Assez souvent, la maîtresse habite hors du domicile particulier de son amant. Cependant, on avait proposé pour la loi de 1912, en France, d'exiger qu'il y ait eu cohabitation pour que le concubinage pût être invoqué, par analogie avec l'obligation pour la femme mariée d'habiter avec son mari. Mais le rapporteur à la Chambre se prononça en sens contraire, en déclarant « qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu une cohabitation constante du père et de la mère ; il ne

faut pas hésiter à comprendre sous cette rubrique de concubinage jusqu'aux liaisons assez fréquentes dans un certain monde, dans lesquelles la maîtresse vit hors du domicile particulier de son amant (41).

C'est ainsi qu'il a été décidé qu'il y a concubinage lorsque des relations intimes ont existées à la connaissance de certaines personnes, entre la mère de l'enfant et le père prétendu, tous deux étant domestiques dans le même immeuble quoique chez des locataires différents. Il suffit que la conduite de la maîtresse implique un attachement sérieux à son amant (42).

La notoriété exigée par le texte français ne suppose pas que les relations doivent être connues de tout le monde, il suffit de relations fréquentes et habituelles, constitutives de l'état de concubinage (43). C'est pourquoi nous ne voyons aucune différence entre le concubinage notoire de l'article 340 du Code civil français et le simple concubinage du Code civil brésilien. S'il y en a une, elle repose plutôt dans les mots que dans le sens.

Le concubinage, tant en France qu'au Brésil, doit coïncider avec l'époque de la conception. Aucune des deux législations ne détermine expressément quelle est l'époque de la conception et nous avons vu qu'il y a tout lieu d'adopter pour la filiation naturelle l'époque légale de 121 jours établie par la loi pour la filiation légitime. Telle est la solution qu'a consacrée d'abord la jurisprudence

(41) Rapport à la Chambre, 1911, Violette, p. 36.

(42) Trib. civ. de la Seine, 24 oct. 1913. D. 14-2-98 ; Cass., 12 janv. 1921. S. 21-1-199 ; Cass., 7 fév. 1922. D. 22-1-36. S. 22-1-321, note Cassin. Voir Rouast, Rev. Crit. 1924, p. 70 ; Toulouse, 9 déc. 1925. S. 25-11-118.

française, en employant les mots « époque légale » (44) ; dernièrement, elle s'est prononcée en sens contraire, en déclarant que le juge doit rechercher s'il y avait concubinage à la date probable de la conception déterminée par enquête ou expertise (45).

Il n'est pas nécessaire que le concubinage ait duré pendant les quatre premiers des neuf mois qui ont précédé la naissance (46). Il suffit que la date des relations coïncide avec l'époque de la conception, sans quoi l'abandon de la concubine dès le début de la grossesse ferait obstacle à la recherche de la paternité.

Les faits de concubinage peuvent être prouvés et établis à l'aide de toutes les voies de droit, sans aucune restriction ; aucun écrit ni commencement de preuve par écrit, n'est exigé. « L'inconduite et sa notoriété seront prouvés, dit M. Guillier, dans les mêmes conditions que la possession, la cohabitation et les autres faits susceptibles d'être établis par témoins (47). »

d) CAS SPÉCIAUX A LA LÉGISLATION FRANÇAISE

a) Séduction dolosive — Le second cas d'admissibilité de la recherche de la paternité prévu par la loi du 16 novembre 1912 est la séduction accomplie à l'aide de manœuvres dolosives, abus d'autorité, promesse de mariage ou fiançailles, s'il existe un commencement de preuve par écrit dans les termes de l'article 1347. Le précédent de ce cas nous le trouvons dans la jurisprudence qui accordait à la fille séduite une action en dommages-

(43) Cass., 21 déc. 1920. S. 21-1-84.

intérêts fondée sur l'article 1382. Cette action a été maintenue par la loi de 1912. Le projet de la Commission du Sénat portait : « la mère ne pourra exercer contre son séducteur, en son propre nom, que l'action en indemnité tirée de l'article 1382 du Code civil ». Et le rapport déclarait : « La femme conserve contre son séducteur l'action en dommages-intérêts que lui donne l'article 1382. Pour elle, tout se ramène à une question d'indemnité ; elle ne peut prétendre en son nom propre, qu'à la réparation du préjudice résultant des manœuvres dont elle a été victime. Cette action, distincte de celle qui appartient à l'enfant, se poursuivra dans les conditions fixées par la jurisprudence actuellement en vigueur, qui continuera à s'appliquer. A ce sujet, la proposition de loi soumise au Sénat ne constitue aucune innovation : la disposition proposée n'a été écartée que comme inutile, pour alléger le projet et permettre ainsi de l'insérer dans le Code civil » (48).

La jurisprudence exigeait déjà pour que la séduction donnât lieu à une action en dommages-intérêts, l'existence d'un commencement de preuve par écrit (49).

La loi de 1912, dans son deuxième alinéa, exige que la séduction soit accompagnée de manœuvres dolosives. C'est ainsi qu'il a été décidé que la séduction accomplie sans emploi de manœuvres dolosives ne peut servir de

(44) Req. 21 déc. 1920. D. P. 21-1-55 ; Req. 12 janv. 1921. D. 22-1-36.

(45) Cass. civ., 11 juil. 1923. D. 23-1-131 ; Cass., req. 10 nov. 1924. D. 25-1-125. S. 25-1-313.

(46) Wahl, op. cit., n° 42, p. 40.

(47) Guillier, rapport au Sénat, 1908, p. 36, n° 369.

(48) J. Off. 15 juin 1910, Débat. Parl. Sénat, p. 1502.

(49) Cass., 2 décembre 1907 et 10 fév. 1909. S. 1909. 1-553. D. 1909, 1-157.

base, contre le séducteur à une action en dommages-intérêts au profit de la fille séduite qui s'est librement donnée à lui (50).

Parmi ces manœuvres dolosives, la loi a énuméré l'abus d'autorité, la promesse de mariage ou les fiançailles. Mais cette énumération n'est pas limitative, elle n'est donnée qu'à titre d'exemple et laisse aux juges le pouvoir de déterminer si les actes invoqués à l'appui de la demande, sous quelque forme qu'ils se présentent, constituent des « manœuvres dolosives » (51).

Un commencement de preuve par écrit est indispensable pour que l'action soit admise par les tribunaux. La loi n'a pas distingué entre les différentes manœuvres dolosives. Cependant, la Commission du Sénat n'exigeait le commencement de preuve par écrit que pour la promesse de mariage ou les fiançailles qui, le plus souvent, se font par écrit. Pour toutes les autres manœuvres dolosives qui, généralement, ne sont pas constatées par écrit, elle autorisait, au contraire, de plano, la preuve par témoins ou par présomptions. Mais sa proposition fut modifiée pour rendre le chantage plus difficile et l'on exigea, dans tous les cas, un commencement de preuve par écrit (52).

On est bien obligé de reconnaître que la disposition du deuxième alinéa de l'article 340 sera presque toujours lettre morte, car dans la plupart des cas, la preuve sera très difficile à produire, pour ne pas dire impossible. En

(50) Paris, 17 déc. 1920. D. 21-11-59.

(51) Req. 5 juil. 1917. D. 19-1-21 ; Cass. 1^{er} déc. 1921. D. 23-1-59.
Rapport Violette (V. D. 1912. 4-119, col. 1).

(52) J. Off. 15 juin 1910. Déb. parl. Sénat, p. 1507 et suiv.

exigeant ainsi un commencement de preuve par écrit, le législateur a écarté l'action fondée sur l'aveu même du séducteur. Cependant, on a soutenu que les déclarations du père recueillies dans un interrogatoire sur faits et articles, peuvent remplacer le commencement de preuve par écrit (53). Et puisque la loi a voulu seulement écarter la preuve par témoins et présomptions, on peut aussi provoquer l'aveu du défendeur dans l'instance même en déclaration de paternité (54).

Remarquons que si la mère agit contre son séducteur et arrive à le faire condamner, l'enfant ne peut pas se prévaloir de ce jugement, alors même qu'un commencement de preuve par écrit aurait été fourni, l'effet de la chose jugée étant relatif.

Le commencement de preuve par écrit exigé ici est celui de l'article 1347, c'est-à-dire que le contenu doit émaner du père prétendu. Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit écrit de sa main, il suffit qu'il puisse être considéré comme son fait, soit qu'il ait donné l'ordre de l'écrire, soit qu'il en ait dicté les termes (55). Ainsi la Cour de Cassation a déclaré que les actes de publication de mariage du séducteur avec la fille séduite constituaient un commencement de preuve par écrit de la promesse de mariage, comme ayant été dressés à la requête du séducteur (56).

Cette condition du commencement de preuve par écrit ne concerne que les manœuvres dolosives ; les relations sexuelles peuvent être établies par tous moyens, de

(53) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1526, p. 509.

(54) Wahl, *op. cit.*, p. 29, n° 27.

(55) Riom, 15 nov. 1920. D. 21-11-39; Req. 25 janv. 1926. S. 26-1-102.

(56) Cass. Req. 29 avril 1922. D. 23-1-22. Voir Rouast, *Rev. Crit.* 1924, p. 73.

plano (57). Elle n'est pas exigée, non plus, lorsque la mère agit pour obtenir personnellement des dommages-intérêts. Il suffit que le préjudice causé par sa grossesse soit établi pour que la réparation en soit dûe aux termes de l'article 1382.

Enfin, pour que la séduction dolosive puisse entraîner la reconnaissance judiciaire de la paternité, elle doit s'être effectuée avant ou pendant l'époque de la conception, c'est-à-dire avant les 180 jours qui précèdent la naissance de l'enfant.

Par contre, il n'est pas nécessaire que l'écrit soit contemporain du fait à prouver (58), il peut être postérieur à la séduction dolosive.

β) *Aveu tacite ou possession d'état*. — L'article 340, 5°, autorise l'action en recherche de la paternité « dans le cas où le père prétendu a pourvu ou participé à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en qualité de père ».

Le fait d'élever et d'entretenir un enfant naturel lui constitue une possession d'état spécial que la loi a voulu douer d'une certaine force probatoire. Cette possession d'état n'est pas semblable à celle que le Code civil exige quand il s'agit de la filiation légitime. Les trois éléments: *tractatus, nomen, fama*, ne sont pas nécessaires ici, car la situation de l'enfant naturel diffère sensiblement de celle de l'enfant légitime. Celui-ci est attaché à ses parents par un lien de famille, tandis que la caractéristique de l'enfant naturel est d'être l'enfant sans famille.

(57) Poitiers, 13 nov. 1922 (Gaz. Pal. 4 janv. 1923). Voir Planiol, Ripert et Rouast, op. cit., n° 899, p. 760 in fine.

(58) Cass. req., 19 déc. 1923. D. 1924-1-38.

Le législateur a pris en considération cette situation spéciale de l'enfant naturel pour établir une possession d'état réduite, la seule possible pour l'enfant naturel qui n'est presque jamais reconnu par la famille de son père dont il est la honte. On ne pouvait songer à exiger pour cette possession d'état que des éléments pris dans les relations du père et de l'enfant. C'est ainsi qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant porte le nom de son père pour agir contre lui en recherche de la paternité. Cependant, la Commission du Sénat exigeait cette condition du nom (59), mais elle fut combattue par M. Bérenger, qui s'exprimait en ces termes : « Il ne manque pas de pères, qui, tout en acceptant de remplir les devoirs les plus essentiels vis-à-vis d'un enfant naturel, n'ont pas le courage de lui faire porter leur nom (60). » Par un exemple très frappant, M. Bérenger l'emporta : « Un père prétendu a placé son enfant dans une maison d'éducation, il n'a nullement caché sa paternité, il a même pu l'avouer, et il a, pendant des années, non seulement payé les frais de la pension mais a pourvu à tous les besoins de l'enfant. Mais il ne lui a pas laissé porter son nom. Si ces mots « portant son nom » étaient maintenus, il n'y aurait pas possession d'état ».

Cette solution a été critiquée comme traitant l'enfant naturel mieux que l'enfant légitime, mais c'est le moment de répéter avec Amiable, que lorsque l'enfant naturel invoquera la possession d'état il ne sera pas traité plus favorablement que l'enfant légitime, mais autrement (61). La loi de 1912 a donc décidé que l'enfant

(59) Voy. Rapport du Sénat, Guillier, 1908, p. 33-34.

(60) Sénat, Déb. parl., J. Off., 12 nov. 1910, p. 1732, 1^{re} col.

naturel aurait la possession d'état lorsque le père aurait pourvu ou participé à son entretien et à son éducation.

Faut-il penser que la possession d'état permettant d'agir en recherche de la paternité ne saurait résulter que de ces circonstances ? Non, le législateur n'a fait que citer ici comme pour la possession d'état d'enfant légitime les principaux faits qui supposent le lien de filiation. Tel a été la déclaration de M. Violette : « Les termes d'entretien et d'éducation » ne doivent pas être entendus d'une manière étroite. Leur interprétation est avant tout, une question de mesure. Les soins donnés pendant le jeune âge, même indirectement et au moyen de subsides, la surveillance, même lointaine, mais habituelle, suffiront amplement à prouver la possession d'état, de même si l'enfant a porté le nom de son père au vu et au su de ce dernier (62) ». On a cependant prétendu que le législateur, en employant des termes précis a voulu écarter toute autre hypothèse. Autrement ces termes n'auraient pas de raison d'être (63).

La possession d'état doit être non *équivoque* comme toute possession. Cela résulte des mots « en qualité de père » employés par le texte. C'est ainsi qu'il a été décidé que des relations entretenues par le père prétendu et la mère de l'enfant, le fait même que le premier aurait procuré à l'autre quelques secours d'argent, ou qu'il aurait visité l'enfant en nourrice et remis aux nourriciers quelques dons, ne suffisent pas pour établir qu'il a pouvu

(61) Amiable, *De la preuve de la filiation hors mariage*, p. 144, thèse, Paris, 1861.

(62) Rapport à la Chambre, 1911, p. 38-39.

(63) Wahl, *op. cit.*, n° 48.

ou participé en qualité de père à l'entretien ou à l'éducation de l'enfant (64).

Il ne suffit pas que la possession soit non équivoque, elle doit, en outre, être le résultat d'actes accomplis exclusivement pour l'enfant et non de secours apportés à la mère (65).

Elle doit être aussi constante (66). Des faits isolés et passagers ne feraient pas preuve entière de la possession d'état. Par contre, il n'est pas nécessaire que le père ait supporté toutes les charges (67).

En outre, il ne suffit pas pour obtenir la déclaration judiciaire de paternité que le père prétendu ait promis de subvenir aux besoins; il faut qu'il ait réellement participé à l'entretien de l'enfant.

La preuve de la possession d'état peut être faite par tous les moyens admis en droit, même par témoins, sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit (68). Nous avons remarqué, dans l'étude de la recherche de la maternité, que la législation française exige un commencement de preuve par écrit pour que l'action soit admise; ce qui aboutit à ce résultat curieux que la mère qui est toujours certaine est mieux gardée contre la recherche du lien de filiation, que le père qui est incertain. Nous avons vu que le Code civil espagnol (art. 136) et le Code civil portugais (art. 131) ont évité ce contraste et que, d'autre part, ils traitent mieux l'en-

(64) Caen, 8 juill. 1914. D. 20-2-94; Cass. 8 fév. 1922. D. 23-1-59. S. 23-1-206.

(65) Trib. de Lons-le-Saulnier, 31 juil. 1913. D. 13-2-342.

(66) Paris, 15 mars 1916. D. 17-11-118. S. 18-11-30.

(67) Planiol et Ripert, t. I, n° 1526.

(68) Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 36; Cass. Req. 15 fév. 1926. S. 26-1-371.

fant naturel, qui peut librement chercher sa mère, que l'enfant légitime qui doit être muni d'un commencement de preuve par écrit pour être admis à établir sa filiation maternelle.

Enfin, nous pensons que si le législateur a considéré la possession d'état incomplète que nous venons d'étudier comme une présomption de paternité, il a dû en même temps considérer la possession d'état complète comme une preuve de la filiation naturelle. La conséquence est logique, car si la loi considère la possession d'état incomplète comme une preuve incomplète soumise à l'appréciation des tribunaux, nous croyons que la possession d'état complète doit suffire à fournir une preuve entière de la filiation naturelle.

SECTION II

Législations admettant la libre recherche de la paternité engendrant seulement des conséquences alimentaires

Le Code civil suisse (art. 314) et le Code civil allemand (art. 1717) présument père de l'enfant l'homme qui a cohabité avec la mère pendant la période de la conception. Il n'est pas nécessaire que les relations aient persisté pendant tout le temps de la conception. Une ou plusieurs relations suffisent pourvu qu'elles aient lieu pendant l'époque de la conception.

La partie demanderesse doit faire la preuve de la cohabitation. Une fois cette dernière établie, le défendeur est présumé père de l'enfant, à moins qu'il ne le conteste.

Ces législations, étant donné l'impossibilité de la

preuve, se contentent d'une simple vraisemblance de paternité (1).

Cette présomption de paternité ne peut être invoquée que pour obtenir des aliments au profit de l'enfant ou une indemnité pour la mère. Le père présumé reste vis-à-vis de l'enfant un étranger. Aucun lien de parenté ne saurait s'établir entre eux.

§ 1^{er} — Fondement juridique de la dette alimentaire (2)

L'obligation alimentaire obtenue au profit de l'enfant, contre le père présumé, a été justifiée par plusieurs théories.

a) THÉORIE DU DÉLIT OU DELIKTSTHEORIE

Les partisans de cette théorie considèrent la cohabitation hors mariage comme un délit. L'auteur de tout délit doit réparer le préjudice que son acte a causé. Celui qui a cohabité avec une femme hors mariage est responsable du dommage à elle causé par la survenance d'un enfant. Voilà à peu près le contenu de cette théorie.

Mais considérer la cohabitation comme un délit est une conception arbitraire. Tout délit est une action ou une omission punie par la loi. Or, la loi ne punit pas la cohabitation. D'autre part, pour qu'il puisse y avoir lieu à réparation il faut prouver qu'un dommage a été subi. Par qui l'a-t-il été lorsque la cohabitation amène la naissance d'un enfant, est-ce par l'enfant ou par la mère ?

(1) Exposé des motifs C. C. S., I, p. 228.

(2) Voir Robert, op. cit., p. 216 et suiv. ; Decoppet, op. cit., p. 107 et suiv.

Sans avoir à discuter s'il y a eu délit ou non à l'égard de la mère, car elle a participé à la cohabitation et *volonti non fit injuria*, la femme ne peut prétendre à réparation, car c'est au profit de l'enfant que la réparation prétendue s'effectue. Pourtant l'enfant non plus ne peut-être considéré juridiquement comme la victime du délit, car au moment où l'acte qualifié a été exécuté, l'enfant n'existait pas. Il n'a donc pas pu souffrir un dommage et l'on ne peut pas prétendre que sa venue au monde est pour lui un préjudice. Ce serait avoir une conception trop pessimiste de la vie. Même la maxime prononcée par un grand philosophe : « Le plus grand délit de l'homme c'est d'être né », ne frappe que l'enfant et non l'auteur de ses jours.

b) THÉORIE DE LA POSSIBILITÉ DE LA PATERNITÉ
OU THÉORIE DE WINDSCHEID

Celui qui a cohabité avec la mère à l'époque de la conception est considéré comme le véritable père jusqu'à preuve du contraire faite par celui-ci en invoquant l'*exceptio plurium constupratorum*.

Windscheid considère que l'amant est réputé père de l'enfant parce qu'il a commis un délit. Par là il tombe dans la Deliktstheorie.

c) THÉORIE DU RISQUE DE LA PATERNITÉ
OU THÉORIE DE GIMMERTHAL

Tout homme qui a des relations avec une femme court le risque de devenir père, il connaît ce risque et en

agissant ainsi il commet une *culpa lata* de toutes les conséquences de laquelle il est responsable.

Le point faible de cette théorie apparaît lorsqu'il s'agit d'établir l'existence d'un préjudice résultant de l'acte du père, car nous avons vu que l'enfant ne souffre pas un préjudice par le seul fait de sa venue au monde.

d) THÉORIE DE L'ACTE DE LA PROCRÉATION

(DIE THÉORIE DER THATSACHE DER ZEUGUN)

Cette théorie, soutenue notamment par von Schröter, considère qu'en précréant l'enfant le père s'oblige à l'entretenir, indépendamment de tout rapport légal de parenté.

Mais envers qui le père s'engage-t-il ? Ce n'est certes pas avec l'enfant qui n'existait pas au moment où il l'a engendré. Et si nous admettons que le père doit des aliments à l'enfant parce qu'il l'a engendré cela revient à dire qu'il doit l'entretenir parce qu'il est juridiquement le père.

e) THÉORIE DE LA PARENTÉ OU DE LA PATERNITÉ

(DIE VERWANDTSCHAFTS ODER VOTERSCHAFTS THÉORIE)

Celui qui engendre un enfant doit le nourrir à cause de sa paternité. Mais nous verrons que ce raisonnement ne s'accorde pas avec la nature juridique de la dette alimentaire, qui est plutôt une condamnation qu'une obligation dérivant du lien de parenté, car elle n'est pas réciproque et elle se transmet pas aux héritiers du père.

§ 2. — De l'obligation alimentaire (1)

a) SURETÉS

En Suisse et en Allemagne cette obligation alimentaire commence à la naissance de l'enfant. Mais ces deux législations imposent au père prétendu avant la naissance, si la mère le demande, l'obligation de fournir des sûretés pour les frais d'accouchement et pour ceux d'entretien de l'enfant.

L'article 1716, du Code civil allemand, est conçu en ces termes : « Dès avant la naissance de l'enfant et à la requête de la mère, il peut être ordonné, par disposition provisionnelle, que le père devra payer, aussitôt après la naissance, à la mère ou au tuteur, l'entretien alimentaire à fournir à l'enfant pour les trois premiers mois, et qu'il devra consigner la somme nécessaire dans un délai convenable avant la naissance. Peut-être ordonné, de même à sa requête, le payement à la mère du montant ordinaire des frais dont l'art. 1715, al. 1, prescrit le remboursement, ainsi que la consignation de la somme nécessaire. »

Pour que l'ordonnance provisionnelle soit rendue, il n'est pas nécessaire de faire valoir que le droit est en péril. »

Le Code civil suisse contient une disposition qui ressemble à celle du Code civil allemand. Son article 321 déclare : « Lorsque la paternité du défendeur paraît

(1) Nous l'étudions dans cette partie de notre travail parce qu'il s'agit d'une obligation alimentaire qui n'émane pas du droit de famille.

établie, ce dernier peut, si la mère est dans le besoin, être condamné avant le jugement à fournir des sûretés pour les frais présumables de l'accouchement et pour ceux d'entretien de l'enfant pendant trois mois; il en est ainsi même lorsque la preuve n'est pas faite que les droits de la mère sont en péril. »

La mère, pour pouvoir demander ces sûretés, doit commencer par établir sa grossesse et prouver que le défendeur en est l'auteur.

L'époque de la conception sera établie en tenant compte de l'état de grossesse de la mère, qui permettra de fixer à peu près l'époque de l'accouchement.

Le Code civil suisse exige que la mère soit dans le besoin, mais il n'est pas indispensable qu'elle soit dans le plus grand dénûment (3). Par contre, le texte allemand n'impose pas cette condition.

Il n'est pas nécessaire, dans aucune des deux législation, de prouver que les droits de la mère sont en péril.

En Suisse, le défendeur peut opposer l'*exceptio plurium constupratorum* et l'exception d'inconduite. Mais le juge est libre de se prononcer pour les mesures provisoires réclamées par la mère ou de les rejeter (1).

En Allemagne aussi, le défendeur peut contredire les prétentions de la mère, mais il y a des cas urgents où le tribunal peut statuer sans débat, sans entendre le défendeur. (Code de procédure civil, art. 937, al. 2.)

Si la demande est mal fondée, le défendeur aura le droit de réclamer la somme consignée, bien entendu, et de demander des dommages-intérêts pour le tort qu'il a subi.

(3) Curti-Forrer, op. cit., art. 321, note 2.

L'article 1716, du Code civil allemand, déclare que la sûreté provisoire sera payée aussitôt après la naissance; tandis que le Code civil suisse est muet sur ce point, ce qui fait penser que c'est à partir du jugement que le défendeur est obligé de payer (4).

Ces mesures ainsi prises tendent à assurer l'entretien de l'enfant pendant les trois premiers mois qui suivent sa naissance. Le Code civil suisse n'est pas aussi explicite que le Code civil allemand qui dit « trois premiers mois ». Mais les trois mois dont il parle ne peuvent être autres que les trois premiers de la vie de l'enfant (5).

Les frais de l'accouchement sont aussi garantis par ces mesures provisoires. Mais une différence existe entre les deux législations quant à la détermination des frais d'accouchement. Le Code civil allemand prévoit les frais d'accouchement et d'entretien de la mère pendant les six semaines qui suivent l'accouchement (1715). Tandis que le Code civil suisse ne parle que des frais présumables de l'accouchement; on ne peut donc, dans cette législation demander des sûretés que pour les frais d'entretien de l'enfant, et non pour les frais d'entretien de la mère pendant le temps prévu par l'article 317 (6).

L'action en demande des mesures provisoires appartient, en Suisse, à la mère. Elle peut-être exercée aussi par le curateur nommé selon l'article 311 du Code civil, ou, enfin, les mesures provisoires peuvent être ordonnées d'office par le juge (7).

(4) Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 321, note 14.

(5) Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 383.

(6) Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 321, note 13.

(7) Rossel et Mentha, *op. loc. cit.* Contra Robert, *op. cit.*, p. 306.

En Allemagne, la mère seule peut demander les mesures provisoires, car l'art. 1716 dit : « à la requête de la mère ». Mais si elle est mineure, son représentant légal agit à sa place.

L'obligation de fournir les sûretés est imposée, non seulement au père présumé, mais aussi à ses héritiers (8).

b) DURÉE DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Selon le Code civil suisse la pension alimentaire doit être fournie jusqu'à ce que l'enfant soit âgé de dix-huit ans révolus (art. 319, ali. 2). Telle était la durée la plus longue adoptée par certains cantons. L'avant-projet (art. 345, al. 2), et le projet du Conseil Fédéral (art. 324, al. 2), admettaient que l'obligation alimentaire existât pendant toute la minorité de l'enfant. Mais la Commission du Conseil national proposa l'âge de dix-huit ans révolus qui fut adopté par les Chambres fédérales.

Le Code civil allemand impose l'obligation jusqu'à ce que l'enfant ait accompli sa seizième année (art. 1708). Si la durée de l'obligation alimentaire est plus courte en Allemagne qu'en Suisse, nous constaterons plus loin que cette différence est largement compensée. En effet, la législation allemande, dans certains cas d'infirmité de l'enfant, prolonge l'obligation alimentaire du père. Tandis que la loi suisse considère qu'il ne saurait y avoir de prorogation, quel qu'en soit le motif; et, d'autre part, si l'enfant a des ressources personnelles suffisantes, eu égard à sa position sociale, l'obligation alimentaire peut

(8) Curti-Forrer, op. cit., art. 321, note 5.

s'éteindre avant l'âge de dix-huit ans (art. 320, Code civil suisse).

c) ETENDUE MATÉRIELLE DE L'OBLIGATION

Les législations allemande (art. 1708) et suisse (art. 319) considèrent comme objet de l'obligation alimentaire, l'entretien et l'éducation, c'est-à-dire non seulement les choses indispensables à la vie matérielle : la nourriture, l'habitation, les vêtements, les soins médicaux, etc., etc., mais aussi les dépenses occasionnées par l'éducation de l'enfant. Le Code civil allemand ajoute les frais de préparation à une carrière (art. 1708). En Suisse, ces frais ne sont pas expressément prévus par la loi, mais on peut les faire entrer sous la rubrique de l'éducation.

Quid des *frais d'inhumation* de l'enfant ? L'art. 1713, al. 2, du Code civil allemand, prévoit le cas, et déclare que les héritiers de l'enfant doivent payer ces frais qui constituent une dette de la succession, mais s'ils ne s'acquittent pas de leur obligation, le père en sera tenu. En raison du silence du Code civil suisse sur ce point on ne peut pas considérer comme débiteur subsidiaire, le père de l'enfant. Il faut appliquer le droit commun et déclarer les héritiers seuls débiteurs. Cependant, il est à remarquer que dans le cas où l'enfant est mort-né, les frais d'inhumation seront compris dans les frais de grossesse dus par le père naturel. En effet, l'enfant n'ayant pas v'cu, il n'a pas laissé d'héritiers de qui l'on puisse exiger le paiement de ces frais (9).

(9) Robert, op. cit., p. 350.

d) MODE DE DÉTERMINATION DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Le Code civil allemand ne tient compte que de la condition de la mère. Son art. 1708 impose au père la charge d'un entretien en rapport avec la condition sociale de la mère. Cette règle nous paraît très rigoureuse. Le plus souvent la condition de la mère est inférieure à celle du père, et l'enfant, bien qu'ayant un père opulent, partagera la misère de sa mère puisqu'il suivra la condition de celle-ci. A l'inverse, le père peut se trouver dans le plus grand dénuement ; néanmoins, il sera tenu de payer des frais d'entretien et d'éducation en rapport avec la condition de la mère qui peut être très élevée.

Ce mode de détermination des dépenses d'entretien nous paraît injuste, mais il est en accord avec la législation allemande qui considère l'enfant comme un étranger par rapport au père, et comme un enfant légitime par rapport à la mère.

Nous préférons le Code civil suisse qui règle la pension alimentaire de l'enfant en tenant compte de la position sociale tant du père que de la mère (art. 319).

e) SUJET PASSIF DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En Allemagne, le père est considéré comme le débiteur principal. Tant qu'on pourra imposer au père la charge d'entretenir et d'élever l'enfant, la mère sera complètement exonérée. Elle, et ses parents ne sont que débiteurs subsidiaires envers l'enfant. Tel est la règle formulée dans l'article 1709, qui déclare que le père est

tenu de la dette d'entretien avant la mère et les parents maternels de l'enfant.

Par contre, le Code civil suisse n'entend pas que le père ait à supporter nécessairement tous les frais, car son article 319 déclare que la pension alimentaire doit, dans tous les cas, représenter une contribution équitable aux frais d'entretien et d'éducation de l'enfant. Le juge est donc libre d'apprécier la situation pécuniaire du père et de la mère et d'assigner à chacun une part de la charge d'entretien proportionnelle à ses ressources.

Cette solution nous paraît préférable à celle du Code civil allemand.

f) TRANSMISSION PASSIVE DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

Tandis que la dette alimentaire entre parents s'éteint par la mort de l'obligé, ici, elle passe aux héritiers du père. En suisse (Code civil, art. 322), et en Allemagne (Code civil, art. 1712), l'action alimentaire peut être intentée contre les héritiers du père décédé avant ou après la naissance de l'enfant.

En droit allemand le caractère de créancier qu'a l'enfant à l'égard de son père n'est pas maintenu d'une manière absolue à l'égard des héritiers de celui-ci.

L'article 1712, al. 2, apporte une restriction au droit de l'enfant, en autorisant l'héritier à le désintéresser par le paiement de ce qui eût été la réserve de l'enfant s'il avait été légitime.

La créance alimentaire va donc se trouver limitée à un maximum qui peut représenter une valeur très inférieure à l'obligation primitive du père. La chose est

curieuse pour la législation allemande qui détermine l'obligation alimentaire en tenant compte seulement de la position sociale de la mère, car, ici, cette obligation est fixée d'après la situation pécuniaire du père.

Mais si le père a conclu une transaction avec l'enfant en vertu de l'article 1714, il y a une obligation contractuelle qui, comme telle, tombe dans le passif de la succession sans que les héritiers puissent alors invoquer l'article 1712 et user de la faculté que nous venons de considérer.

Le calcul de la réserve en cas de concours de plusieurs enfants illégitimes, doit être fait en considérant tous les enfants comme légitimes. Bien entendu on tient compte seulement des enfants qui ont encore un droit aux aliments.

Le Code civil suisse limite aussi les droits de l'enfant illégitime. Son article 322, al. 2, dispose que les héritiers n'auront rien à payer à l'enfant au delà de ce qu'il aurait reçu comme héritier s'il avait été reconnu. Ici il ne s'agit pas de la réserve, mais de la part héréditaire qui lui est bien supérieure. Les héritiers pourront se dégager de toute responsabilité dérivant de l'action en paternité en remettant à l'enfant sa part d'héritage d'enfant reconnu. Ils se libéreront ainsi une fois pour toutes.

g) SUJET ACTIF DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En Suisse et en Allemagne le bénéficiaire de la pension alimentaire est l'enfant. Cependant, déclare l'article 1709 du Code civil allemand, lorsque la mère ou un parent maternel *tenu de l'entretien* subvient aux besoins

de l'enfant, la créance alimentaire de l'enfant contre le père est transmise par subrogation à la mère ou aux parents. « Mais cette subrogation ne peut être invoquée au préjudice de l'enfant ». Ce dernier alinéa vise le cas où le père ne pourrait pas s'acquitter entièrement des deux dettes : celle de l'enfant et celle de la mère ou de ses parents maternels. L'enfant prime alors la mère ou le parent maternel.

Il n'y a de subrogation légale au sens de l'art. 1709, qu'en faveur de la mère ou des parents maternels. Si un tiers non obligé aux aliments en fait l'avance, il pourra agir comme ayant une action née d'un mandat ou d'une gestion d'affaires, mais non en vertu d'une subrogation légale.

h) TRANSMISSION ACTIVE DE LA PENSION ALIMENTAIRE

En droit allemand les héritiers de l'enfant, selon l'art. 1710 du Code civil, ont le droit de réclamer le paiement de la rente du dernier trimestre, même si l'enfant n'a vécu que les premiers jours de ce trimestre.

En l'absence d'une disposition analogue dans le Code civil suisse il faut décider que les héritiers auront à restituer au décès de l'enfant les sommes non employées (art. 62, C. O.).

i) MODE DE PAYEMENT DE LA PENSION ALIMENTAIRE

Tant en Allemagne (art. 1710, C. C.) qu'en Suisse (art. 319, C. c.) (10), le père doit acquitter son obligation

(10) Curti-Forrer, op. cit., art. 319, note 4.

en argent. La somme doit aussi être payée à l'avance, pour trois mois en Allemagne, et pour une période fixée par le juge en Suisse. Le Système du Code civil suisse est préférable, car le juge tiendra compte des circonstances. Mais la fixation des échéances n'est pas impérative. Elles peuvent être modifiées par les parties si elles s'accordent sur ce point. Les paiements anticipés pour une période plus longue ne libèrent pas le père pour le surplus. Cela est dit expressément dans l'article 1710, al. 2 du B. G. B. Mais certains auteurs croient que l'enrichissement illégitime peut être invoqué, dans ce cas, par le père (11).

En Allemagne, tout trimestre commencé du vivant de l'enfant, oblige le père pour la totalité, même si l'enfant est mort dans les premiers jours de ce trimestre (C. C., art. 1710, al. 3). Le reste de la pension non employée profitera aux héritiers. Par contre, le Code civil suisse, plus équitable, n'impose pas au père cette charge injuste au profit des héritiers de l'enfant. La pension s'éteignant par la mort de l'enfant, le surplus non employé doit être restitué au père (12).

j) MODIFICATION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En vertu de l'article 323 du Code de procédure civile allemand, la révision du jugement sur l'obligation alimentaire, peut être demandée en cas de changement notable dans les conditions qui ont servi de base à la condamnation aux prestations, à la fixation du montant et de la durée de la pension alimentaire.

(11) Standinger, 1710 rem. 3. Planck 1710 rem. 3. Cité d'après Decoppet, op. cit., page 222.

(12) Curti-Forrer, op. cit., art. 319, note 13.

Bien entendu, seul un changement de la situation pécuniaire de la mère peut donner lieu à révision, puisque c'est uniquement d'après cette situation que l'obligation a été établie.

Peu importe le changement survenu dans la situation du père ou de l'enfant.

Par contre, en Suisse, l'apparition de circonstances nouvelles, modifiant sensiblement la position sociale du père, de la mère ou de l'enfant, suffit pour que la pension alimentaire soit révisée, à la requête de la mère, de l'enfant, du père ou de ses héritiers (art. 320, C. C. S.). C'est ainsi que la pension peut être supprimée, le jour où l'enfant a des ressources personnelles suffisante eu égard à sa position sociale. Et, à l'inverse, si les circonstances se modifient de nouveau au préjudice de l'enfant, la pension primitive peut être rétablie (13). Les juges ont un pouvoir souverain pour l'appréciation de ces circonstances. Il ne suffit pas, pour que l'obligation soit réduite ou supprimée, que l'enfant ait ce qui est nécessaire à son entretien : il faut aussi la décision du juge.

« L'article 320, déclare l'exposé des motifs du Code civil suisse, doit permettre de résoudre de bonne foi toutes les questions qui surgiront. On ne peut guère imposer au père naturel des prestations plus fortes que celles incombant à l'ordinaire au père légitime, toutes conditions égales d'ailleurs. »

Si la contribution du père a été fixée grâce à une transaction, il y aura une obligation contractuelle indépendante de la situation des parties, non susceptible d'être

(13) Curti-Forrer, op. cit., art. 320, notes 1 et 2.

modifiée par l'application de l'article 320. De même, en droit allemand, la transaction établit d'une manière définitive le montant de l'obligation.

k) TRANSACTION SUR L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En droit allemand, toute transaction sur la pension alimentaire est soumise à l'approbation du Tribunal des tutelles (art. 1714 du B. G. B.). En Suisse aussi, le consentement de l'autorité tutélaire est nécessaire pour la transaction conclue entre le père et l'enfant (art. 421, n° 8 du C. C. S.). Le consentement pourra être antérieur ou postérieur à la conclusion de la transaction, tacite ou exprès (14). Mais une différence sensible existe entre le C.C.S. et le B.G.B. Celui-ci déclare dans son article 1714, al. 2 : « La renonciation gratuite à l'entretien pour l'avenir est nulle. » Donc, pour être valable, il suffit qu'elle soit à titre onéreux, même si elle lèse notablement l'enfant.

L'article 319, al. 3, du C. C. S., adopte une solution plus rationnelle, qui sauvegarde mieux les intérêts de l'enfant. Il déclare : « L'action subsiste pour l'enfant, même après que la mère a transigé ou renoncé à l'intenter, si elle l'a fait dans des conditions manifestement préjudiciable aux intérêts de son enfant. » Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait eu renonciation gratuite, le préjudice manifeste anéantit la transaction : peu importe que cette transaction soit partielle. Cependant nous croyons que cette protection est inutile dans la législation suisse, où l'action de l'enfant est complètement indépendante de

(14) Curti-Forrer, op. cit., art. 421, note 1.

celle de la mère. Comment la mère pourrait-elle transiger valablement sur une action qui ne lui appartient pas ?

l) PRESCRIPTION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

En Suisse, la dette des aliments échus est prescrite au bout de cinq ans (art. 128, C. O.). La prescription est plus courte en Allemagne : quatre années suffisent (art. 197 du B. G. B.).

Mais, par contre, si les aliments ont déjà fait l'objet d'une transaction ou d'un jugement, la prescription est bien plus longue en Allemagne qu'en Suisse. En effet, l'article 137, al. 2. C. O., admet dans ces cas une prescription de dix ans, tandis que l'article 218 du B. G. B. impose la prescription trentenaire.

m) EXTINCTION DE L'OBLIGATION ALIMENTAIRE

L'obligation alimentaire s'éteint :

1° Dès que l'enfant a atteint l'âge marqué par la loi : 18 ans en Suisse (C. C., art. 312, al. 2) et 16 ans en Allemagne (C. C., art. 1708) ;

2° A la mort de l'enfant ;

3° Dès que l'enfant est en état de se suffire à lui-même (C. C. S., art. 320) ;

4° Par une transaction sur l'obligation alimentaire (C. C. A., 1714; C. C. S., 319, al. 2) ;

5° En désintéressant l'enfant, en cas de décès du père, par la remise d'une partie équivalente à celle qu'il aurait

eu s'il avait été reconnu (C. C. S., art. 322, al. 2), ou à sa réserve s'il avait été légitime (C. C. A., art. 1712) ;

6° Par prescription, au bout de 5 ans en Suisse (C. O., art. 128, al. 2) et de 4 ans en Allemagne (C. C. 197) pour les aliments à fournir à terme. Mais le droit aux aliments de l'enfant n'est soumis à aucune prescription en Allemagne. Par contre, en Suisse, ce droit s'éteint si l'enfant, son représentant légal ou sa mère, n'ont pas fait constater son existence juridique en intentant l'action en paternité, au plus tard dans l'année qui suit la naissance de l'enfant (art. 308, C. c.).

§ 3. — Obligation alimentaire extraordinaire

Jusqu'à présent, nous avons étudié l'obligation alimentaire établie par la loi pour une durée déterminée. Aussitôt que l'enfant atteint l'âge auquel le législateur a considéré qu'il pouvait subvenir à ses besoins, le père est déchargé de cette obligation. Nous avons vu que cela a lieu, en Suisse, à l'époque où l'enfant termine sa dix-huitième année, et, en Allemagne, sa seizième année.

Maintenant, nous allons traiter de l'obligation alimentaire extraordinaire, qui n'est qu'une prolongation accordée par le législateur à l'enfant qui, ayant atteint l'âge déterminé par la loi, se trouve néanmoins dans l'impossibilité de pourvoir à ses besoins.

Le Code civil allemand, dans son article 1708, al. 2, déclare : « Si l'enfant, à l'époque où il accomplit sa seizième année, est par suite d'infirmité physique ou intellectuelle, hors d'état de subvenir à lui-même, le père est tenu, même au delà de cette époque, de pourvoir à

son entretien ; est applicable la disposition de l'article 1603. »

Ce texte prévoit une infirmité existant au moment où l'enfant accomplit sa seizième année. L'infirmité survenue postérieurement n'oblige pas le père à entretenir l'enfant. Par contre, peu importe la cause de l'infirmité. Même si elle est due à une faute de l'enfant, le père ne sera pas moins chargé de l'obligation, car le Code ne distingue pas.

Pour que l'enfant infirme puisse réclamer une aide alimentaire, il faut qu'il n'ait pas de biens personnels pour subvenir à son entretien. Si ayant d'abord des ressources propres suffisantes, il vient à les perdre, le père est obligé de l'entretenir, à condition que l'infirmité ait existé au moment où l'enfant a atteint l'âge de seize ans. Mais, si le père, suivant son rang, justifie l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'entretenir l'enfant, il est libéré de cette obligation. Dès qu'il revient à meilleure fortune, l'obligation renaît. Ici le père n'est pas tenu avec la rigueur de l'obligation alimentaire ordinaire, qui ne tient compte ni de la situation du père, ni de celle de l'enfant.

Par l'application spéciale de l'article 1603, le père se trouve sensiblement soulagé, car cette disposition l'exonère de l'entretien lorsqu'il est hors d'état d'y pourvoir, ou lorsque l'enfant a des biens qui peuvent y suffire.

Le caractère de créance condamnatoire de l'obligation alimentaire que nous avons trouvé en droit allemand, apparaît fort atténué dans l'obligation alimentaire extraordinaire, car celle-ci ne s'impose pas nécessairement comme l'obligation alimentaire ordinaire, qui ne tient

compte que de la position sociale de la mère. Le père n'est même tenu, pour les aliments échus, que si, à l'époque pour laquelle ils sont réclamés, il pouvait les fournir.

En outre, la loi n'ayant pas apporté d'exception aux dispositions générales des articles 1606 et 1608, aux termes desquelles les conjoints et les descendants doivent l'assistance avant les ascendants, elles doivent être appliquées ici (1).

Sauf ces exceptions qui rapprochent l'obligation alimentaire extraordinaire de l'obligation alimentaire émanant du droit de famille, les règles de l'obligation alimentaire ordinaire, que nous venons d'étudier lui sont applicables. C'est ainsi que les héritiers sont tenus aussi de fournir les aliments à l'enfant infirme, et qu'ils peuvent aussi s'en acquitter en lui remettant la somme qui lui reviendrait comme réserve s'il était légitime (art. 1712, al. 2). Ils ne peuvent pas invoquer l'insuffisance de leurs ressources pour se libérer de l'obligation, car ils sont débiteurs comme successeurs aux biens et non en vertu d'un lien de famille. L'infirme apparaît toujours devant eux comme un créancier ordinaire. Enfin, leur obligation peut donner lieu à une transaction dans les termes de l'art. 1714 et s'éteindre par la mort du titulaire actif.

En Suisse, cette obligation alimentaire extraordinaire n'existe pas. Le père est libéré de toute charge à partir d'un terme immuable. Nous trouvons préférable sur ce point, le Code civil allemand. Il est injuste d'abandonner l'enfant infirme dont le père est cependant légalement reconnu.

(1) Voir Planck, art. 1709, note 5.

SECTION II

De l'action en recherche de la paternité

§ 1. — A QUI APPARTIENT L'ACTION EN RECHERCHE DE LA PATERNITÉ. — SA TRANSMISSION ACTIVE

Il n'y avait, avant la loi de 1912, en dehors du cas d'enlèvement, qu'une action en indemnité accordée à la mère par la jurisprudence ; elle seule avait la faculté de poursuivre son séducteur et le faire condamner à l'indemniser du préjudice subi par la grossesse et l'accouchement. C'était l'application de la maxime recueillie dans le *Codex definitiorum* du Président Favre : « *Creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo praegnantem esse; meretrici non item.* »

Cette action n'avait point pour but de faire constater la paternité. L'accusation sous serment que la mère faisait contre l'auteur de sa grossesse, n'aboutissait qu'à une réclamation de secours. C'était une simple action en dommages-intérêts, fondée sur l'article 1382 du Code civil, que les tribunaux admirent afin d'atténuer la rigueur de l'article 340 ancien, qui interdisait la recherche de la paternité.

La loi du 16 novembre 1912, en apportant plusieurs tempéraments au principe de l'interdiction de la recherche de la paternité, autorisa cette recherche dans presque tous les cas où déjà la jurisprudence recevait l'action en dommages-intérêts.

Elle n'est plus une action intentée pour demander des dommages-intérêts que la mère continue à pouvoir intenter contre son séducteur, mais une action qui a pour

but de donner un père à un enfant qui se voyait abandonné de l'auteur de ses jours. Elle touche plus l'enfant que la mère. On peut en conclure que le législateur de 1912 n'a pas voulu faire dépendre de la volonté de la mère, que l'enfant ait juridiquement un père. Il a craint que l'enfant soit injustement sacrifié par la négligence de la mère, ou son amour envers son séducteur. Cette crainte fut écartée par la loi de 1912, qui déclara : « l'action n'appartient qu'à l'enfant. Pendant la minorité de l'enfant, la mère, même mineure, a seule qualité pour l'intenter (art. 340, al. 7 du Code civil).

C'est donc au seul profit de l'enfant que le législateur a établi l'action en recherche de la paternité; personne ne peut s'en prévaloir, même en invoquant un intérêt moral ou pécuniaire, ou les deux à la fois.

Ainsi les héritiers du père naturel ne peuvent faire établir la filiation de l'enfant qui a reçu de lui des libéralités dépassant la quotité fixée par l'article 908 du Code civil (15).

Mais, si l'action n'appartient qu'à l'enfant, cela n'implique pas qu'elle soit essentiellement personnelle. La loi autorise la mère à l'intenter pendant la minorité de l'enfant. Peu importe qu'elle soit mineure. « Ce droit, lit-on dans le rapport au Sénat, est un des attributs de la puissance paternelle, en vertu de laquelle, la mère qui a reconnu l'enfant, a la jouissance et l'administration, en qualité de tutrice légale, des biens de ce dernier. »

En cas d'émancipation, l'exercice de l'action n'appartient pas à la mère, mais au mineur (16).

(15) Wahl, *op. cit.*, n° 70 ; Savatier, *op. cit.*, p. 120.

(16) Savatier, *op. cit.*, p. 128.

Si la mère mineure n'est pas frappée d'incapacité par la loi, à plus forte raison lorsqu'elle est mariée, est-elle capable d'intenter l'action sans l'autorisation de son mari. « Sous ce rapport, dit M. Viollette, la maternité équivaut à une véritable émancipation (17). »

Mais la loi, prévoyant le cas où la mère pourra se trouver dans l'impossibilité d'agir, s'est exprimée ainsi : « A défaut de reconnaissance par la mère, ou si elle est décédée, interdite ou absente, l'action sera intentée conformément aux dispositions de l'article 389. » (Art. 340, al. avant dernier.) Ce texte vise l'absence de toute reconnaissance, aussi bien volontaire que forcée il ne s'applique plus lorsque la filiation maternelle a été établie, d'une façon ou de l'autre.

Le législateur n'a pas voulu dans les quatre hypothèses énumérées (18), laisser l'enfant sans protection, puisque c'est pendant sa minorité qu'il a le plus grand besoin des secours de son père. Il a décidé que l'action serait alors intentée par le tuteur désigné conformément à la loi du 2 juillet 1907, qui modifie l'article 389. Le projet de la loi de 1912, présenté au Sénat, proposait la nomination d'un tuteur *ad hoc*, désigné par le tribunal civil du lieu de la résidence de l'enfant, et il donnait au procureur de la République le droit de provoquer l'action en déclaration de paternité. Mais il se heurta à beaucoup de critiques. On invoqua notamment l'inconvénient de l'intervention de la magistrature dans une affaire d'ordre privé

(17) Rapport à la Chambre, 1911, p. 47.

(18) Ces hypothèses ne sont pas l'objet d'une énumération limitative. Voir Savatier, *op. cit.*, p. 125 et 127. Il faut joindre à ces cas celui de déchéance de la puissance paternelle.

aussi délicate. Après une longue controverse, il fut décidé de renvoyer à la loi du 2 juillet 1907, insérée dans l'article 389 du Code civil, qui dispose ainsi :

« Les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplis à l'égard des enfants naturels par le tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle, au moment où il a reconnu son enfant, et du tribunal du lieu de la résidence de l'enfant, s'il n'est pas reconnu, le tribunal statue en Chambre du Conseil, après avoir entendu ou appelé le père et la mère de l'enfant, s'il a été reconnu, soit à la requête de l'un d'eux, soit à la requête du ministère public, soit d'office, sur toutes les questions relatives à l'organisation ou à la surveillance de la tutelle des dits mineurs. »

Il s'agit d'un tuteur ordinaire nommé par le tribunal qui se substitue au Conseil de famille. Ce tuteur est chargé de veiller d'une manière générale aux intérêts de l'enfant. Par conséquent, l'exercice de l'action en recherche de la paternité lui incombe, mais il reste libre d'apprécier s'il convient de l'intenter, car il n'est pas un tuteur *ad hoc* toujours tenu d'agir.

La question de savoir si le tuteur peut agir seul, n'a pas été tranchée par la loi. Les tribunaux estiment que la loi n'ayant pas imposé de formalités, le tuteur peut intenter seul l'action (19).

En Suisse, le tribunal des tutelles nomme le curateur

(19) Paris, 21 août 1841. S. 41-2-488 ; Lyon, 24 fév. 1859. S. 59-2-655 ; Caen, 21 mars 1861. D. 63-1-279 ; Grenoble, 14 fév. 1883. S. 84-2-73 ; Contra, Laurent, op. cit., IV, n° 254 ; Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 1952.

avec la mission expresse d'intenter l'action en paternité, qu'il s'agisse de l'action avec effets civils ou de l'action avec effets pécuniaires.

Le Code civil suisse reconnaît deux titulaires de l'action. Son article 307 l'accorde à la mère et à l'enfant. Chacun peut l'exercer indépendamment de l'autre, mais sans qu'il puisse y avoir cumul. C'est ainsi qu'une prestation pécuniaire déjà fournie, ne pourra plus être demandée. Par contre, si l'action de la mère a été intentée sans résultat satisfaisant pour l'enfant, celui-ci pourra agir de nouveau et inversement. Cependant, on a prétendu en s'appuyant sur les délibérations des Chambres, que l'action de l'enfant est subsidiaire de celle de la mère (20). Mais la majorité des auteurs se prononce pour l'indépendance de ces deux actions (21).

Le Code civil suisse considère l'enfant comme ayant la jouissance de son action et non comme sujet capable de l'exercer, car il exige qu'elle soit intentée au plus tard, un an après la naissance (art. 308). L'enfant ne pouvant exercer son action dans l'année de sa naissance, l'autorité tutélaire nomme un curateur chargé de veiller à ses intérêts dès qu'elle est informée de la naissance ou dès que la mère lui a donné avis de la grossesse (art. 311, C. C. S.). Le législateur n'a pas voulu que la mère puisse être nommée curateur de son enfant, de crainte qu'elle n'agisse pas, soit par négligence, soit par amour pour son amant, soit enfin en raison de l'opposition de ses intérêts avec ceux de l'enfant (22). C'est donc un tiers autre que

(20) Bull. sten. XV, p. 779-785, 1197.

(21) Curti-Forrer, op. cit., art. 307, note 9 ; Egger, op. cit., art. 307, note 2.

(22) Curti-Forrer, op. cit., art. 311, note 7.

la mère qui sera le curateur de l'enfant. Cependant, on a soutenu que lorsqu'il s'agit d'intenter l'action avant la naissance, la mère seule peut agir (23).

En Allemagne, l'action alimentaire contre le père présumé, appartient à l'enfant. L'article 1712 du Code civil allemand la lui donne d'une manière implicite. C'est le tuteur qui est chargé de l'intenter, et la mère est rarement instituée tutrice de l'enfant ; on a craint qu'elle n'agisse pas ou que les prestations pécuniaires obtenues fussent détournées. (Motive, p. 876 et s.)

En Angleterre, l'action pour obliger le père à contribuer à l'entretien de l'enfant n'appartient qu'à la mère, car il s'agit d'une action en vue d'obtenir une indemnité globale du préjudice qu'elle a subi et des frais d'entretien de l'enfant. La mère, donc, agit en son nom propre et non en qualité de représentant de son enfant mineur. Son serment ne suffit pas pour intenter l'action. Il doit être corroboré par un commencement de preuves par écrit ou par le témoignage d'autres personnes (24).

Si la mère, pour n'importe quelle raison, n'intente pas l'action, la paroisse, en vertu du *Poor Law*, peut l'y contraindre si elle la juge incapable de subvenir seule aux besoins de l'enfant. La paroisse se soustrait ainsi elle-même à cette charge (25).

L'art. 137, 1^o, du Code civil espagnol, ne parle qu'incidemment de l'enfant naturel. Cependant, la mère pourra exercer cette action pendant la minorité de son enfant

(23) Curti-Forrer, op. cit., art. 308, note 2 ; Contrà, Rossel et Menth, op. cit., I, p. 375.

(24) A. Curti, *Manuel de droit civil et commercial anglais*, t. I, p. 100 ; Lehr, op. cit., p. 123, n^o 207.

(25) Lehr, op. cit., n^o 208.

naturel ; elle agit comme une représentante légale (26).

Si l'enfant n'est pas reconnu par le père, ni la mère, il sera pourvu d'un tuteur, selon les règles générales de la tutelle, ou bien on procédera à la nomination d'un *defenser* (art. 165) (27).

Transmission active de l'action en recherche de la paternité. — En France, ni les créancier de l'enfant naturel (28), ni ses héritiers (29) ne peuvent invoquer l'article 766 du Code civil pour intenter l'action en recherche de la paternité. Les héritiers du père ne peuvent pas non plus établir la filiation paternelle de l'enfant pour faire réduire ensuite, en vertu de l'article 908 du Code civil, les libéralités qui lui ont été faites (30).

M. Guillier dit, dans son rapport au Sénat : « L'action disparaît avec l'enfant et n'est transmissible ni à ses héritiers, ni à ses successeurs (31). »

Ainsi, même si l'enfant meurt avant l'âge de 22 ans, c'est-à-dire à une époque où son droit d'agir n'est pas encore atteint, ils ne pourront pas intenter l'action en recherche de la paternité. Ce ne sont pas seulement les travaux préparatoires de la loi qui s'y opposent comme nous venons de le voir, mais son texte même : « L'action, déclare-t-elle, n'appartient qu'à l'enfant. » Mais, si

(26) Sent. 26 mars 1904, jurisprudence civil, année 1904, p. 695.

(27) Sanchez Roman, t. V, vol. 2^e, op. cit., p. 1050.

(28) Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n^o 1517 ; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 335 et 336.

(29) Galopin, *La filiation illégitime et la vraisemblance de paternité naturelle*, Bruxelles, 1909 ; Cass. 23 juil. 1878. D. 79-1-15 ; Paris, 16 fév. 1889. S. 89-2-201 ; Paris, 30 juin 1908, Gaz. Parl. 1908, 2-374.

(30) Planiol et Ripert, Colin et Capitant, op. cit. ; Wahl, op. cit., n^o 70, p. 57 ; Cass., 23 juil. 1878. D. 79-1-15.

l'action ayant été intentée par lui dans l'année qui a suivi sa majorité, l'enfant meurt pendant l'instance, ses héritiers peuvent-ils la continuer ? On pourrait invoquer en leur faveur l'adage : *Actiones quae morte pereunt semel inclusae iudicio salvae permanent*. Mais le rapport à la Chambre dénie d'une manière absolue tout droit aux héritiers puisqu'il déclare : « Après le décès de l'enfant, cette action, qui lui était personnelle, ne peut plus être intentée ni *continué*e par personne. La mère, pas plus qu'aucun des héritiers, ne peut la reprendre, puisqu'elle ne saurait agir en son propre nom (32). »

C'est la conséquence logique de ce que « l'action n'appartient qu'à l'enfant ».

Cependant, il a été décidé que l'action en recherche de la paternité intentée par la mère au nom et du vivant de son enfant mineur, peut être poursuivie après le décès de celui-ci, survenu au cours de l'instance (33).

Remarquons, que la loi *belge* (art. 330-340, al. 1, 341, b, al. 4 c. Nap) accorde aux héritiers le droit de suivre l'action, lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, sauf si trois ans sont écoulés depuis l'introduction de la demande ou si l'enfant s'est désisté formellement.

Le Code civil suisse, dans son article 309, al. 2, prévoit expressément le cas de mort de l'enfant, et déclare que les prestations pécuniaires dues à la mère peuvent être réclamées, même si l'enfant est décédé avant le jugement. Seule la mère peut réclamer des prestations pécuniaires qui lui sont dues (34), mais elle ne peut pas pour-

(31) Rapport au Sénat, 1908, n° 369, p. 37.

(32) Rapport à la Chambre, 1911, p. 45.

(33) Alger, 29 oct. 1924. D. 25-11-91.

suivre l'action en paternité proprement dite avec ses conséquences d'état civil. Celle-ci n'étant pas désignée par les termes de l'article 309, qui parle des « prestations pécuniaires dues à la mère », disparaît avec l'enfant et ne se transmet pas à ses héritiers. La mère elle-même est privée du droit d'intenter la déclaration de paternité de l'article 323 du Code civil suisse (35).

La loi n'a rien dit pour le cas où la mère vient à décéder. Mais M. Huber a formellement déclaré « que le transfert de l'action aux héritiers de la mère va de soi ». On a repoussé, dit-il, une disposition restrictive portant que, pour que l'action passât aux héritiers, il fallait au moins que la mère eut désigné le défendeur comme le père, et qu'elle n'eut pas refusé d'introduire l'action (36) ».

L'article 1713, du Code civil allemand, proclame le principe de l'intransmissibilité de l'action alimentaire aux héritiers de l'enfant. Mais son second alinéa fait une distinction entre les droits que l'enfant avait pour l'avenir, et les droits acquis. Ces derniers seuls se transmettent aux héritiers, car cet alinéa dispose « que le droit survit tant que l'action a pour objet l'exécution, ou la réparation du préjudice causé par la non exécution de l'obligation dans le passé, ou des prestations à fournir par anticipation et échues au décès de l'enfant ». En outre, la subrogation légale de l'article 1709, constitue un droit acquis passant de l'enfant à la mère ou au parent maternel qui a la charge de l'entretien. Elle leur permet-

(34) Curti-Forrer, op. cit., art. 309, note 11.

(35) Robert, op. cit., p. 258-259.

(36) Exposition des motifs du C. C. S., Hubert, t. I, p. 225.

tra de poursuivre le père pour les aliments qu'ils ont fournis à l'enfant, car les droits acquis par celui-ci sont transmis par subrogation à la mère ou aux parents.

Au *Vénézuéla*, le Code civil de 1922, n'ayant pas expressément déclaré que l'enfant est l'unique titulaire de l'action en recherche de la paternité, il faut appliquer le principe généralement admis que les actions, en matière d'état, se transmettent aux héritiers.

Pour la même raison en droit *espagnol*, l'action passe aux héritiers de l'enfant. Bien entendu, pour que la transmission ait lieu, il faut que l'enfant, s'il avait vécu, ait conservé le droit d'agir (37).

Par contre, le Code civil du Brésil ayant désigné uniquement dans son article 363, les « enfants illégitimes », a entendu exclure toute autre personne, même les héritiers de l'enfant.

§ 2. — CONTRE QUI INTENTER L'ACTION EN RECHERCHE DE LA PATERNITÉ. — SA TRANSMISSION PASSIVE

Il va sans dire que du vivant du père, l'action est intentée contre lui. Si le père est incapable, on appliquera le droit commun des incapacités. Mais est-ce que la mère ou l'enfant peut intenter l'action en recherche de la paternité si le père prétendu est décédé à une époque où l'un ou l'autre avait la faculté d'agir ? Il nous semble que cela est possible tant que le délai prescrit

(37) Dans ce sens, Sanchez Roman, t. V, vol. 2^e, op. cit., p. 1081, qui tenant compte du silence du Code sur ce point, admet la transmissibilité de l'action, par analogie avec l'action en réclamation de légitimité, qui se transmet aux héritiers de l'enfant (art. 118) ; Demoflo de Buen, op. cit., t. I, p. 666.

par la loi n'est pas échu, car rien ne peut l'abréger en dehors d'une disposition de la loi. Nous sommes ici dans un cas semblable à celui de l'inscription d'hypothèque ou de certains privilèges, pour laquelle la loi accorde un délai qui permet de la prendre, même si se produit un événement qui s'oppose à l'inscription, tel que la faillite ou l'acceptation sous bénéfice d'inventaire de la succession du débiteur. En outre, nous croyons qu'il n'y a pas de raison pour faire ici, exception au principe que toutes les actions se transmettent passivement. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens, en décidant que l'action en recherche de la paternité naturelle, peut être intentée contre les héritiers du père prétendu, même s'ils ont renoncé à la succession (38).

L'article 307 du Code civil *suisse*, al. 3, déclare que l'action peut être intentée contre le père ou ses héritiers. Cette disposition a été le fruit d'une longue méditation. D'une part, il y avait des divergences entre les cantons. Les uns admettaient dans certains cas que l'action puisse être intentée après la mort du père (39) ; les autres s'y opposaient toujours (40).

D'autre part, l'avant-projet de 1900, dans son article 334, n'admettait la transmission passive de l'action

(38) Tribunal civ. de Senlis, 3 mai 1916. D. P. 1920. 2-89 ; Lyon, 30 juin 1921, Gaz. du Palais, 1921, 2-367 ; Trib. civ. de la Seine, 24 déc. 1921. D. P. 22-2-136 ; Trib. civ. Nantes, 26 juil. 1922. Gaz. Palais, 4 janv. 1923. Voir Rouast, *rev. Crit.* 1924, p. 74, 75, Paris, 27 oct. 1925. D. 26-11-61.

(39) A condition qu'il y ait eu une promesse de mariage, l'action était recevable contre les héritiers du père. Argovie, art. 322, Zurich, 700 ; Schaffhouse, art. 265 ; Thurgovie, art. 201 ; Swytz, art. 3. Pour d'autres, l'existence d'un simple aveu suffit. Satz, 200 ; Lucerne, art. 12 ; Fribourg, art. 54 ; Bâle Ville, E. G. O., art. 100. Voir aussi le C. des Grisons, art. 77.

(40) Soleure, art. 174, Code Valaisan, art. 144, ch. 2.

en recherche de la paternité aux héritiers du père, qu'au cas où le père aurait promis le mariage à la mère ou fait l'aveu de sa paternité. Enfin, M. Huber déclarait, « l'action a un caractère trop personnel et trop intime pour qu'un tiers prenne la place du prétendu père » (41). Mais l'intention du législateur était d'unifier les règles en vigueur dans tous les cantons, et il décida que l'action pourrait être intentée contre les héritiers du père (art. 307, al. 3). Il est indifférent qu'elle tente à la déclaration de la paternité avec toutes ses conséquences d'état, ou qu'elle ne doive aboutir qu'à une condamnation pécuniaire (42).

Par héritiers, dans l'article 307, il faut entendre les héritiers légaux, testamentaires ou par pactes successoraux. Peu importe que parmi eux se trouve l'État (art. 466) ou la collectivité, l'action pourra être intentée, et s'il y a déclaration de la paternité, l'héritage du père passera à l'enfant (43). Mais le fait que le père ne laisse pas une succession active, n'implique pas l'inexistence d'un héritier. Il faut pour que l'enfant ne puisse pas exercer son action, tout au moins son action en déclaration d'état, que le père ne laisse ni succession, ni héritiers (44).

En droit *allemand*, l'action alimentaire retombe sur les héritiers du père, l'article 1712, du B. G. B. déclare que l'action alimentaire ne s'éteint pas par la mort du père ; elle appartient encore à l'enfant, alors même que

(41) Exposé des motifs du C. C. S. (Huber), I, p. 225.

(42) Curti-Forrer, op. cit., art. 307, note 10.

(43) Curti-Forrer, op. cit., art. 307, note 12.

(44) Curti-Forrer, op. loc. cit.

le père est mort avant la naissance de l'enfant. Cependant, nous avons vu que les héritiers ont un droit d'option. Ils peuvent s'acquitter de l'obligation alimentaire, en désintéressant l'enfant par le paiement de ce qui eut été sa réserve, s'il avait été légitime.

Le Code civil *espagnol*, nous l'avons vu, exige que l'action soit intentée du vivant du père. Ses héritiers sont donc à l'abri de cette action, sauf dans les cas prévus par l'article 137 du Code civil, exposé plus haut.

Au *Vénézuéla*, l'enfant, ou tout intéressé, peut intenter l'action contre les héritiers du père, car la loi n'a pas apporté, ici, de restriction au principe que les actions d'état se transmettent passivement.

Le Code civil du *Brésil*, déclare expressément dans son article 363, que l'action peut être intentée contre le père prétendu ou contre ses héritiers.

En *Angleterre*, la charge d'entretenir l'enfant ne passe pas aux héritiers du père illégitime (45). *A fortiori*, l'action tendant à obtenir une condamnation alimentaire, ne peut être intentée contre eux.

§ 3. — QUAND DOIT-ON INTENTER L'ACTION. — A QUEL MOMENT S'OUVRE L'ACTION EN RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

Toutes les législations que nous étudions proclament l'imprescriptibilité des actions qui touchent à l'état des personnes. Cependant, le Code civil allemand est le seul qui ait consacré cette imprescriptibilité pour l'action en recherche de la paternité et cela est chose curieuse, car

(45) A. Curti, op. cit., p. 101.

c'est précisément dans cette législation que l'action en recherche de la paternité s'éloigne le plus de la conception d'action d'état.

L'exception apporté par les autres Codes au principe de l'imprescriptibilité des actions d'état, a été justifiée par des raisons d'ordre pratique. On n'a pas voulu laisser le père prétendu dans une incertitude perpétuelle. En outre, on a craint, qu'après un certain temps, la défense qu'il pourrait opposer à l'action fut rendue vaine par la difficulté de la preuve.

Le législateur français a peut-être aussi cherché, par cette dérogation, à atténuer l'effet de l'innovation de la loi de 1912. A l'appui de cette supposition, on peut remarquer que la recherche de la maternité qui n'a jamais été interdite, est imprescriptible, et que seulement les pays qui ont dérogé au principe de l'interdiction et ont introduit la recherche de la paternité, ont imposé des courts délais dans lesquels l'action doit être intentée (46). Mais nous croyons que la dérogation est due surtout à la défaveur que le législateur a toujours manifesté envers la recherche de la paternité.

A quel moment s'ouvre l'action en recherche de la paternité ? — Presque toutes les législations déclarent qu'elle ne peut être intentée qu'après la naissance de l'enfant. Elles tiennent compte ainsi du mystère de la paternité. Même lorsque l'enfant est né, la détermination de son père n'est pas chose facile. Elle l'est encore moins

(46) Lhospied, *Recherche de la paternité en droit comparé*, thèse, Paris, 1914, p. 356.

lorsque l'enfant est seulement conçu. Mais surtout, comme la plupart des cas d'admissibilité de l'action tiennent compte de l'époque légale de la conception, il faut attendre la naissance pour déterminer cette époque. Comment saurait-on si l'enfant à naître a pour père tel individu tant que l'on ne peut pas établir que cet individu a eu des relations avec la mère à l'époque même de la conception ? Comment pourrait-on se prévaloir de l'enlèvement ou du viol pour intenter l'action en recherche de la paternité, si l'époque de la conception, qui doit coïncider avec l'enlèvement ou le viol, n'est pas connue ? Comment, de même, pourrait-on savoir que la séduction a été antérieure ou contemporaine de la conception ?

Il y a d'autres cas qui ne donnent lieu à cette action qu'après la naissance. Tels sont les deux derniers cas d'admissibilité de l'action contenus dans l'article 340 du Code civil français : l'entretien, l'éducation de l'enfant et l'aveu de la paternité, car l'existence de ces deux faits implique nécessairement que l'enfant est né. Du reste, la mère elle-même ne peut pas toujours savoir d'une manière certaine qui est le père de l'enfant avant la naissance de celui-ci. Elle a pu avoir avec un homme des relations qui ont causé la grossesse et n'en avoir ressenti les effets qu'après de nouvelles relations avec un autre homme à qui elle impute la paternité : c'est toujours l'incertitude de la paternité qui domine.

Cependant, le Code civil suisse, dans son article 308, déclare recevable l'action en paternité avant ou après la naissance ; cela est la conséquence logique de ce qu'il admet deux actions indépendantes : celle de la mère et celle de l'enfant, et de ce qu'il prévoit l'exercice de

l'action par le curateur de l'enfant nommé par l'autorité tutélaire, dès qu'elle a connaissance de la grossesse de la mère. Mais l'application de l'article 308 se heurte aux difficultés que nous avons exposées et aux inconvénients que peut produire l'accouchement d'un enfant mort-né ou de deux jumeaux (47). Et la faculté d'exercer l'action avant la naissance peut servir la vengeance, la haine d'une femme qui n'a qu'à se déclarer enceinte des œuvres d'un individu pour pouvoir agir contre lui. Bien entendu, l'action ne produira aucun effet si l'accouchement n'a pas lieu, mais en attendant, le voilà déclaré père de l'enfant.

En Allemagne, l'action ne peut être intentée que du jour de la naissance, car le Code civil allemand ne contient pas une disposition comme celle de l'article 308 du Code civil suisse. Mais dans son article 1716, il permet au demandeur de poursuivre le père dès avant la naissance de l'enfant pour obtenir des sûretés.

Le moment de l'ouverture de l'action étant établi, déterminons maintenant le temps pendant lequel elle peut être intentée.

En France, elle doit être, sous peine de déchéance, exercée dans les deux années qui suivent l'accouchement (art. 340 du Code civil). Le délai est court. Ni la mère, ni le tuteur ne pourront donc agir une fois ce délai échu. La déchéance résultant de l'expiration des délais est d'ordre public. Aussi, l'impossibilité d'agir n'empêche pas la déchéance. Cependant, on pourrait tirer une interprétation contraire en invoquant comme argument que

(47) Rossel et Mentha, op. cit., I, p. 375.

le délai de deux ans ne vise que lorsque la mère peut agir, car l'alinéa qui exprime le délai dans lequel l'action doit être intentée, suit l'alinéa qui autorise la mère à agir, et précède celui qui prévoit l'impossibilité d'agir de la mère. D'autre part, le dernier alinéa de l'article 340, est conçu dans des termes qui nous font croire que dans certains cas, l'action peut être intentée, même si les deux années sont échues, car il déclare que « si l'action n'a pas été intentée pendant la *minorité* de l'enfant »... Or, le temps de la minorité comprend 21 ans. Si le législateur avait voulu pour tous les cas limiter la prescription aux deux années qui suivent la naissance, il l'aurait dit. Mais nous croyons qu'il a employé cette expression : « *pendant la minorité* », parce qu'il considérait que dans certains cas, la prescription ne devait pas courir à partir de la naissance ». Toutefois, déclare l'article 340 du Code civil, « l'action pourra être intentée jusqu'à l'expiration des deux années qui suivront la cessation, soit du concubinage, soit de la participation du prétendu père à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ». Le fondement de cette suspension de la prescription a été exposé dans le rapport au Sénat : « tant que le père participe à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, il est impossible d'imposer à la mère de faire un procès à celui dont elle partage l'existence ou qui accomplit spontanément son devoir paternel. La réclamation prématurée qu'elle soulèverait l'exposerait infailliblement à être chassée du domicile commun et priverait l'enfant des soins et des secours qui lui sont fournis. Elle ne peut intenter l'action que le jour où elle a reconquis son entière liberté, ou encore le jour où elle et son enfant

sont complètement abandonnés à eux-mêmes ». Mais, bien entendu, il faut que la mère n'ait pas eu un seul jour de liberté pour pouvoir agir. Si le concubinage ou l'entretien de l'enfant n'a eu lieu que quelque temps après la naissance de l'enfant et avant que le délai de deux ans fut écoulé, nous croyons qu'il n'y a pas lieu de considérer la prescription comme suspendue. Tout au plus, elle est interrompue. Le plus qu'on pourrait faire, c'est d'accorder à la mère le droit d'agir une fois le concubinage ou l'entretien de l'enfant aura cessé, dans un délai qui, joint au temps parcouru entre la naissance de l'enfant et le concubinage ou l'entretien de l'enfant, ne pourra pas dépasser deux ans.

Toutefois, la loi n'accorde cette prérogative qu'à la mère et au tuteur, dans le cas où celle-ci ne pourrait pas agir. L'enfant qui aura laissé passer l'année qui suit la majorité, se verra privé de l'exercice de l'action en recherche de la paternité. Cependant, le rapport au Sénat octroyait à l'enfant majeur le droit d'agir dans l'année qui suivra l'époque où elles auront pris fin. Cette prérogative accordée à l'enfant, a le même fondement que celle de la mère. L'enfant qui est secouru par son père risque de perdre cette aide s'il agit en recherche de la paternité. Donc, nous croyons qu'il devait avoir un délai pour exercer son action qui commencerait à courir au moment de sa pleine liberté. Mais le plus souvent l'enfant pourra établir sa filiation paternelle, car la mère ou son tuteur, si elle devient interdite, intenteront l'action en recherche de la paternité dans le délai que la loi prescrit.

« Enfin, déclare le dernier alinéa de l'article 340, si

l'action n'a pas été intentée pendant la minorité de l'enfant, celui-ci pourra l'intenter pendant toute l'année qui suivra sa majorité. » Nous croyons, que dans le cas où l'enfant se trouverait dans l'impossibilité d'agir, la prescription ne devrait courir qu'à partir du moment où cesserait cette impossibilité. Autrement, la prescription serait antijuridique, car elle courrait contre une personne incapable d'exercer son droit. *Contra non valent agere non currit prescriptio* (48). »

En Suisse, l'action en paternité doit être intentée au plus tard un an après la naissance (article 308 du C. C. S.). Grâce à la double action que la loi suisse accorde à l'enfant et à la mère, elle a pu prescrire que l'action doit être intentée au plus tard, un an après la naissance. Ce délai, qui est plus court que celui de la loi française, s'explique par le fait que l'action peut s'intenter avant la naissance, comme nous l'avons vu. On s'accorde en général à considérer que ce délai est péremptoire, et n'est susceptible d'aucune prolongation (49). Cependant, quelques auteurs considèrent qu'une prolongation du délai est possible s'il existe des motifs d'excuses valables, comme ceux de l'article 257, al. 3 du Code civil (50).

L'avant-projet de 1900 (article 335) avait fixé un délai

(48) Voyez en ce sens M. Wahl, op. cit., n° 91, qui s'exprime ainsi : « Le point de départ de la prescription, dit-il, est reculé encore s'il y a impossibilité physique ou morale d'agir pour l'enfant. Ce principe se justifie par l'idée que la prescription est fondée sur une renonciation tacite ; il est appliqué par la jurisprudence en matière de désaveu. Par exemple, l'enfant a crû que ses père et mère, qui vivaient en état de concubinage, étaient mariés. » Savatier, op. cit., n° 93.

(49) Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 375.

(50) Curti-Forrer, op. cit., art. 308, note 3. Jugement de la Cour Suprême de Zurich, H. E. XV, III, p. 229. S. J. Z., p. 166.

de trois mois, mais il en autorisait la prolongation lorsque la mère démontrait que son retard avait un motif plausible. Mais le Code civil suisse, après plusieurs acceptations faites par le Conseil fédéral (51), et par le Conseil national (52), qui démontraient une tendance à augmenter le délai porté de trois mois à six mois, en arriva, après de vives discussions, à accorder un délai d'un an. Mais cette prodigalité fut accompagnée de la contrepartie du caractère péremptoire du délai (53).

Entre les cantons il y a eu une grande différence quant aux délais adoptés. Les uns allaient jusqu'à admettre un délai de cinq ans (54). D'autres n'autorisaient l'action que si elle était intentée pendant la grossesse de la mère, ou dans les six semaines qui suivent l'accouchement, pour certains cas (55). Dans les cantons de Lucerne, art. 6, Fribourg, art. 52; Argovie, art. 234, l'action devait être intentée dans l'année qui suit la naissance de l'enfant.

En *Angleterre*, l'action doit être intentée pendant la grossesse ou dans l'année qui suit la naissance, sauf si le père a contribué volontairement à l'entretien de l'enfant. Si le père prétendu était à l'étranger, la mère peut agir dans l'année qui suit son retour (Ba. A. 1874, ss. 3.4).

Le Code civil *allemand*, n'ayant pas apporté dans son titre sur la condition légale de l'enfant, une restriction au principe qu'aucun rapport touchant le droit de

(51) Art. 317 du projet du Conseil Fédéral.

(52) Bull. 1905, XV, p. 830-836-840.

(53) Rossel et Mentha, op. loc. cit.

(54) Code Valaisan, art. 145.

(55) Zurich, art. 689, Schaffhouse, art. 255; Thurgovie, art. 187; Glaris, art. 186.

famille, n'est soumis à la prescription, il faut en conclure que l'action alimentaire est imprescriptible.

De même en droit *vénuélien*, le Code civil n'a pas dérogé en matière de filiation naturelle au principe contenu dans son article 2032, en vertu duquel on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce. Donc, l'action en recherche de la paternité est imprescriptible.

Au *Brésil*, l'action dure toute la vie de l'enfant, car la loi n'a imposé aucun délai. Au contraire, l'article 363 déclare que l'action peut être intentée, même contre les héritiers de son père.

Le Code civil *espagnol*, dans son article 137, ne donne le droit d'intenter l'action en recherche de la paternité que pendant la vie du père prétendu, sauf s'il est décédé pendant la minorité de l'enfant, ou si, après son décès, on fait la découverte d'un document ignoré, contenant une reconnaissance expresse ; au premier cas, l'action doit être intentée dans les quatre années qui suivent la majorité de l'enfant. Au second cas, on doit agir dans les six mois qui suivent la trouvaille du document.

Quant à la première hypothèse, l'enfant doit agir avant l'âge de 27 ans, car la majorité n'est atteinte qu'à l'âge de 23 ans (art. 230 du Code civil espagnol). Le document trouvé n'est soumis à aucune condition de forme. Il suffit qu'il contienne une reconnaissance expresse de l'enfant. Mais pour que l'action soit possible après le décès du père, il est absolument indispensable qu'on ait ignoré jusque-là l'existence du document. C'est ainsi que l'enfant lui-même qui, connaissant le document, se serait abstenu d'intenter l'action par crainte d'altérer ses rela-

tions avec son père, se verrait dans l'impossibilité d'agir contre les héritiers. Si c'est la possession d'état qui ouvre l'action, l'enfant peut se trouver dans une situation embarrassante, car il devra, ou bien perdre son action par la prescription, ou bien indisposer ses parents en l'intendant dans le délai fixé.

§ 4. -- NON RENONCIATION A L'ACTION EN RECHERCHE DE LA PATERNITÉ

Peut-on renoncer à l'action en recherche de la paternité ? Il ne peut s'agir bien entendu que de la renonciation faite par l'enfant lui-même, qui seul, a l'action.

La question est délicate et les avis sont partagés. Nous pensons que s'applique ici le principe général qu'on ne peut pas transiger sur les questions d'état qui sont d'ordre public (56).

Le fait d'avoir versé une certaine quantité d'argent peut-il empêcher que le père soit reconnu comme tel, même si sa paternité est évidente ? Peut-on admettre comme valable un engagement qui a une cause illicite comme celui qui tend à empêcher que la paternité soit établie ?

Nous ne le pensons pas. Tant que l'action n'est pas prescrite, l'enfant pourra l'intenter.

Cependant, quelques auteurs ont soutenu l'opinion contraire, considérant que la loi, en établissant une courte prescription, a présumé qu'il y avait, le cas échéant, renonciation tacite à l'action. Puisque la renon-

(56) Art. 1004 C. pr. civ. fr., art. 2045 C. C.; art. 1035 C. C. du Brésil; art. 1814 du C. C. espagnol.

ciation tacite est ainsi prévue par la loi, la renonciation expresse doit aussi être valable (57).

Mais nous croyons que la prescription n'implique pas nécessairement une renonciation tacite ; le plus souvent elle est une sanction contre la négligence. En outre, ici, le délai utile pour intenter l'action a été réduit pour des raisons spéciales qui le distinguent de la prescription ordinaire (58).

Mais si, comme nous venons de le voir, l'ordre public s'oppose à ce que l'on transige sur une question d'état, rien ne fait obstacle à ce qu'un arrangement intervienne pour éviter une action pécuniaire. C'est pour cette raison que dans les législations germaniques, où l'action ne produit d'autre effet qu'une obligation alimentaire, la renonciation est permise. Néanmoins, un esprit de protection envers l'enfant se manifeste dans ces législations.

Le Code civil allemand, dans son article 1714, dispose que la renonciation gratuite à l'entretien de l'enfant pour l'avenir est nulle. Cette disposition n'est malheureusement pas très efficace. Il suffit que la renonciation ne soit pas gratuite, quoique le prix en soit dérisoire, pour qu'elle soit valable.

Le Code civil suisse sauvegarde mieux les intérêts de l'enfant. « L'action, dit son article 319, subsiste pour l'enfant, même après que la mère a transigé ou renoncé à l'intenter, si elle l'a fait dans des conditions manifestement préjudiciables aux intérêts de son enfant ». Il

(57) Wahl, *op. cit.*, p. 69, n° 93.

(58) Dans ce sens, Lhospied, *op. cit.*, p. 347-348 ; Brun, *op. cit.*, p. 117 ; Lavallée, *op. cit.*, p. 146 ; Savatier, *op. cit.*, p. 113, n° 66 ; Planiol, Ripert et Savatier, n°s 16 et 27.

suffit de l'existence d'un préjudice pour que la renonciation soit sans effet. D'autre part, même si la mère a reçu le juste prix de sa renonciation, l'enfant ne se trouve pas sans recours, car il a une action indépendante de celle de sa mère, qui subsiste tant que son curateur n'y a pas dûment renoncé.

SECTION III

Fins de non recevoir ou moyens défensifs du père

§ 1^{er}. — FINS DE NON RECEVOIR DE LA PATERNITÉ AVEC CONSÉQUENCES D'ÉTAT-CIVIL

« L'action en reconnaissance de paternité ne sera pas recevable, déclare l'article 340, 6^e alinéa du Code civil français.

1^o S'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou a eu commerce avec un autre individu ;

2^o Si le père prétendu était pendant la même période, soit par suite d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant. »

Dans le premier cas, il y a en faveur du père prétendu une incertitude de paternité et dans le second cas une certitude de non paternité.

a) *Incertitude de la paternité.* — Le moment de la conception de l'enfant ne pouvant pas être établi d'une manière précise, puisque toutes les gestations n'ont pas une durée invariable de développement, il ne saurait y avoir de certitude sur l'auteur de la grossesse lorsque la

femme a eu des relations avec plusieurs hommes, à une époque qui peut être celle de la conception.

Aussi, une femme qui a accouché d'un enfant ne peut en désigner le père de façon certaine pour la loi, que si cet homme est le seul avec qui elle ait entretenu des relations pendant les quatre premiers des dix mois qui ont précédé la naissance.

Parmi les faits énumérés par la loi, qui produisent l'incertitude de la paternité du père prétendu, figurent : l'inconduite notoire de la mère et le commerce avec un autre individu.

A première vue on est frappé des termes de l'art. 340, « l'inconduite notoire de la mère, ou le commerce avec un autre individu ». Est-ce que le commerce avec un autre individu n'implique pas l'inconduite notoire de la mère. On pourrait faire cette observation si le rapporteur de la loi n'avait pas justifié sa distinction. En parlant d'inconduite notoire, il a entendu viser « les femmes dont la réputation est détestable, sur le compte desquelles tout le monde est fixé, et néanmoins pour lesquelles il serait malaisé de trouver des témoins pouvant affirmer qu'elles se sont livrées à tel ou tel homme. On trouve facilement des gens attestant leur inconduite, certifiant leur immoralité, qui ne pourront pas donner de détails circonstanciés. Celui qu'une telle femme aura attaqué n'aura, pour se défendre, qu'à lui opposer son genre de vie et à établir son inconduite » (59). Ainsi, le législateur a voulu dispenser de la charge d'une preuve souvent impossible, l'homme injustement attaqué par une action

(59) Guillier, Sénat, Déb. Parl., J. Off., 17 juin 1910, p. 1518, 3^e col.

en recherche de la paternité. Il présume le commerce de la mère avec plusieurs hommes, lorsque son inconduite notoire est établie.

Il faut que les faits qui justifient les fins de non-recevoir aient eu lieu à l'époque légale de la conception. Mais, bien entendu, il n'est pas nécessaire qu'ils se soient produits pendant toute cette période, un acte isolé suffit. C'est ainsi que l'inconduite de quelques jours suffit pour mettre en doute la paternité, pourvu qu'elle ait été constatée pendant la période critique.

Cependant, une controverse s'engagea, au cours des discussions du projet de loi, sur l'époque de l'inconduite notoire. On a voulu, plutôt que résoudre le problème de la détermination de la paternité, imposer une peine à la prostituée. C'est ainsi que M. de Lamarzelle admettait la fin de non-recevoir pour inconduite notoire constatée avant la naissance de l'enfant. Il déclarait : « Si la mère est une prostituée notoire, l'action en paternité ne sera pas recevable, à moins toutefois qu'elle ne le soit devenue qu'après la naissance de l'enfant. » Il justifiait son opinion par la crainte exprimée dans un exemple : « Quand une gaillarde qui la connaît », voudra se faire une situation, elle s'emparera d'un petit jeune homme riche et naïf, se rangera des voitures » (mènera une vie régulière), pendant 10 mois (60), puis, l'enfant né, elle ira trouver le papa de son amant et lui dira : si vous ne me donnez pas la forte somme, j'intente à votre fils un procès en déclaration de paternité. J'ai la loi pour

(60) On pourrait même dire 4 mois.

moi : je peux prouver que j'ai été honnête pendant le temps nécessaire (61). »

Même dans l'hypothèse vraiment rare de M. de Lamarzelle, nous croyons qu'on ne doit pas admettre la solution proposée. La condition de prostituée ne peut pas empêcher que tel homme soit déclaré père de l'enfant, s'il n'y a pas d'incertitude à ce sujet. On pourrait alléguer que la loi ne doit pas servir le désir de la prostituée de se créer une bonne situation économique. Mais il faut répondre qu'il y a là une conséquence malheureuse de la loi, qui n'est pas une raison de nier la paternité de l'homme qui a été le seul à avoir des relations pendant l'époque de la conception avec la mère de l'enfant, même si cette femme était auparavant une prostituée. Pourrait-on refuser la recherche de la paternité à une femme, une ouvrière par exemple, qui, voulant se créer une position économique, aurait pensé qu'un moyen rapide était d'avoir un enfant avec un homme riche ?

En dehors de cet argument, lors des discussions du projet de loi, on a invoqué aussi l'injustice qu'il y aurait à admettre comme fin de non-recevoir l'inconduite à toute époque antérieure à la naissance. Suivant en cela la tactique de M. de Lamarzelle, on a fait valoir l'hypothèse rare d'une prostituée qui n'aurait pas perdu l'idée de retourner à une vie honnête. C'est ainsi que M. Viollette déclarait : « Sur mille prostituées, il y en a peut-être une vingtaine qu'une liaison sérieuse peut arracher à la honte. Mais, si la chance est faible, il ne convient pas de l'enlever aux malheureuses qui n'en ont peut-être

(61) J. Off., Déb. Parl. Sénat, 1910, p. 1735.

pas d'autres de redevenir honnêtes. Que si donc pendant la période de la conception, il est bien établi qu'elles ont été dignes, peu importe qu'ensuite, par l'abandon dont elles auront été l'objet, elles soient retombées dans leur vie ancienne ; par leur effort méritoire, elles auront peut-être assuré l'avenir de leur enfant, et c'est une récompense que bien peu de mères — même de celles-là, — sont incapables d'apprécier (62).

Nous concluons que la condition de la femme antérieure ou postérieure à l'époque de la conception ne peut servir à mettre en doute la paternité ; l'époque légale de la conception doit seule être prise en considération. Si l'on arrive à prouver que, pendant cette époque, la mère n'a eu de relations qu'avec un seul homme, celui-ci doit être déclaré père de l'enfant. Sans doute une femme de mauvaise conduite éprouvera plus de difficulté à convaincre le juge qu'une femme de bonne réputation. Mais elle n'est pas, en droit, dans l'impossibilité d'établir la filiation paternelle de son enfant.

Quoique les fins de non-recevoir soient des faits et que, comme tels, ils puissent être établis par témoins (article 1348, Code civil), la preuve n'en est pas facile à faire, car le commerce d'une femme avec un individu est un fait intime, bien peu susceptible de constatation. Cette difficulté a été prévue par le rapporteur de la loi de 1912 qui s'exprime ainsi : « Le commerce, c'est-à-dire l'acte matériel du rapprochement, sera rarement établi par un témoignage direct. Il pourra se révéler, comme l'adultère, par des aveux ou demi-aveux, échappés dans la

(62) J. Off., Déb. parl. Sénat, 1910, p. 41.

correspondance, par des écrits qui, sans contenir le mot, laisseront percer le fait, enfin par le genre de vie, les rencontres, la cohabitation et toutes autres circonstances particulières qui décèleront des relations amoureuses. »

Si les fins de non-recevoir ne peuvent pas être établies, des présomptions assez graves, capables de convaincre les juges, suffiront à repousser la recherche de la paternité, car les juges ne sont pas obligés de l'admettre.

Mais la femme peut-elle invoquer que le commerce qu'elle a eu avec un autre homme que celui qu'elle attaque a été le résultat d'un acte criminel tel qu'un enlèvement ou un viol ? La négative s'impose. Cependant, elle nous paraît vraiment dure pour la femme qui, d'une conduite honnête, avait été séduite par une promesse de mariage du prétendu père, avant d'être victime de l'acte criminel. Elle met en outre l'enfant dans une situation fâcheuse. Il ne pourra pas même exercer l'action contre l'auteur de l'enlèvement ou du viol, car il se heurterait à la fin de non-recevoir du fait que sa mère a eu, à l'époque de la conception, des relations sexuelles avec plus d'un homme. L'incertitude de la paternité est venue de là et cette incertitude est l'œuvre de la nature et non de la loi. Il faut s'abstenir de donner une conséquence légale à des faits que le cerveau humain est impuissant à établir.

b) *Certitude de non paternité.* — La loi de 1912 prévoit en second lieu le cas où le père prétendu était, pendant la période légale de la conception, soit par suite

d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique d'être le père de l'enfant.

Cette seconde fin de non-recevoir a été emprunté à l'article 312 du Code civil, qui permet au mari de désavouer l'enfant, s'il prouve que pendant le temps qui a couru depuis le 300^e jour jusqu'au 180^e jour avant la naissance de cet enfant, il était, soit pour cause d'éloignement, soit par l'effet de quelque accident, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Mais nous verrons que le législateur a établi une différence entre ces deux textes.

α) *Eloignement*. — L'éloignement doit s'entendre comme synonyme de non cohabitation. Il ne faut pas croire que ce mot implique une distance telle qu'il ait été impossible de la franchir dans un temps égal à celui de la conception. Autrement, l'éloignement n'existerait jamais, car la plus longue distance qui peut séparer deux être humains est franchissable en moins de 181 jours, durée légale de la conception, d'autant plus qu'elle pourrait être parcourue en même temps moitié par l'homme, moitié par la femme.

Le seul fait à prouver pour que l'éloignement puisse être invoqué, c'est qu'il y a eu séparation de corps pendant toute la période légale de la conception. Peu importe que l'homme ait habité la même rue que la femme (63). Mais, bien entendu, le plus souvent la difficulté de la preuve dépendra de la distance qui aura séparé la mère et le père prétendu. Plus l'éloignement

(63) Voir Alger, 12 nov. 1866. D. 67-11-126; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1432; Colin et Capitant, op. cit., t. I, p. 268.

aura été considérable, moins la preuve de la non cohabitation sera difficile.

6) *Accident*. — Ici le mot accident n'a pas le même sens que dans l'article 312, où tout se réduit à l'impossibilité physique pour le mari de cohabiter avec sa femme. Il doit s'entendre même d'une maladie qui empêcherait non pas les relations sexuelles, mais la procréation, car la loi de 1912, parle d'impossibilité physique d'être père. Aussi, la cohabitation peut avoir lieu sans que cela conduise nécessairement à déclarer père l'homme qui a cohabité avec la mère. L'homme peut être puissant, mais cela ne prouve pas qu'il soit capable d'engendrer. Un accident a pu le rendre stérile et le laisser puissant.

Quid de l'impuissance naturelle ? Le mot accident, ici, comme dans l'article 312, suppose qu'une cause extérieure est survenue pour altérer l'état normal de l'individu.

L'impuissance naturelle ne pourra donc pas être invoquée comme fin de non-recevoir, puisqu'elle ne peut pas être considérée comme un accident (64). Mais alors que l'article 313 déclare expressément que le mari ne pourra pas, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant, la loi de 1912 reste muette sur ce point. Cela nous conduit à admettre que l'impuissance naturelle peut être invoquée devant les tribunaux, mais que ceux-ci ont le droit de n'en pas faire état (65).

(64) Papillian, *Recherche de la paternité en droit comparé*. Thèse, Paris, 1913, p. 179; Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 1528.

(65) V. Contrà-Lavollé, *Code Manuel de la recherche de la paternité*, p. 138.

On doit assimiler à l'impuissance naturelle celle qui est due à l'âge, puisqu'elle ne résulte pas davantage d'un accident, et conclure qu'elle ne peut pas constituer l'une des fins de non-recevoir que les tribunaux doivent nécessairement accueillir. Mais rien ne s'oppose à ce qu'ils en tiennent compte pour refuser la déclaration en paternité. On avait bien tenté, au cours des débats, de rendre irrecevable l'action intentée contre un mineur de 18 ans (66). Mais la proposition fut rejetée.

Les fins de non-recevoir s'imposent au juge, il ne peut pas, lorsqu'elles sont prouvées, les rejeter, même s'il a la conviction que le défendeur est le père. Il y a là une grosse différence avec l'article 340 ancien qui, permettant la recherche de la paternité dans le cas d'enlèvement, n'accorderait pas au défendeur de fins de non-recevoir, même si à l'époque de la conception la mère avait été d'une inconduite notoire ou avait eu commerce avec un autre individu. Le juge ne faisait que prononcer une peine civile, sans tenir compte de la paternité effective.

La fin de non-recevoir tranche le procès d'une manière définitive ; en vertu de l'autorité de la chose jugée, elle arrête toute nouvelle action tendant à établir la paternité. Elle peut être opposée en tout état de cause, même devant la Cour de Cassation, car elle ne constitue pas un moyen nouveau qui, selon la jurisprudence établie, ne peut être produit pour la première fois devant cette juridiction. Enfin, elle peut être suppléée d'office (67).

(66) V. séance, 10 juin 1910. J. Goujon et réponse Guillier.

(67) Déclaration du rapporteur au Sénat, J. Off., 1910, Déb. parl., p. 1517 ; Wahl, op. cit., n° 56, p. 50 ; Planiol et Ripert, op. loc. cit. ; Garsonnet, *Traité de procédure*, t. I, n° 378 ; Papillian, op. cit., p. 156.

Cela nous conduit à admettre le pouvoir du juge de tenir pour non avenu un aveu de paternité. Conséquence étrange que M. Jenouvrier combattait dans ces termes : « Et s'il me convient à moi de faire cet acte de volonté, de reconnaître pour enfant naturel l'enfant dont est accouchée une femme sans conduite, vous n'avez pas le droit de briser, d'anéantir cet acte de volonté (68). »

Les fins de non recevoir qui obligent le juge à les accepter pour rejeter la recherche de la paternité, sont limitatives. Toutefois, il faut rappeler la fin de non-recevoir fondée sur l'expiration des délais prévue par l'article 340 pour l'exercice de l'action. D'autre part, le paragraphe 1^{er}, sous ses numéros 1^o, 2^o et 4^o (faute du père envers la mère et concubinage notoire) suppose implicitement la maternité démontrée préalablement à la recherche de la paternité. Il y aura aussi dans ces cas, une fin de non recevoir, si la mère n'a pas reconnu préalablement son enfant. Enfin, l'action n'appartenant qu'à l'enfant, il s'ensuit qu'on peut opposer une fin de non-recevoir si elle est intentée après sa mort. Tout autre fait qui mettrait en doute la paternité, hormis les deux cas énumérés par la loi, peuvent être prise en considération par le juge, mais celui-ci garde son pouvoir discrétionnaire quant à l'appréciation à faire.

C'est la conséquence logique du mot « pourra » employé par la loi au lieu de « devra » lorsqu'elle dit : « la paternité pourra être déclarée »...

En droit espagnol, il n'y a pas de fin de non-recevoir, car les juges n'ont pas une appréciation souveraine dans

(68). Jenouvrier, Sénat, Déb., J. Off., 11 nov. 1910, p. 1722, 3^e col.

les cas cités par l'article 135, ils doivent nécessairement déclarer la paternité. Ce qui nous montre bien que la recherche de la paternité n'existe pas en Espagne.

Au Vénézuéla et au Brésil, il n'y a pas à proprement parler de fin de non-recevoir qui obligent le juge à rejeter la demande, car la loi est muette à ce sujet. Tout ce qu'on peut faire, c'est de soumettre à l'appréciation du juge les faits susceptibles de prouver sa non paternité, en raison desquels il pourra rejeter la demande, car il n'est jamais tenu de déclarer la paternité.

En Suisse, les fins de non-recevoir sont établie pour la paternité alimentaire et non pour la déclaration de paternité avec effets d'état-civil. Cette dernière doit nécessairement être déclarée si les hypothèses visées par la loi sont réalisées. En outre, les fins de non recevoir semblent ne pas pouvoir s'appliquer à la déclaration de paternité avec effets d'état-civil qui est régie par un article postérieur. Elles sont, par contre, énoncées dans l'article suivant celui qui traite de la présomption de la paternité entraînant seulement des conséquences pécuniaires.

§ 2. — FINS DE NON RECEVOIR DE LA PATERNITE
ENGENDRANT SEULEMENT DES CONSÉQUENCES ALIMENTAIRES

a) *Incertitude de la paternité.* — Deux circonstances peuvent mettre en doute la paternité, selon le Code civil suisse: les relations sexuelles de la mère à l'époque de la conception, avec plusieurs hommes, ou son inconduite à cette même époque.

La première (*Plurium constupratorum*) ne fait qu'affaiblir la présomption de paternité, et le juge aura pour

affermir son opinion, la ressource du serment supplétoire ou purgatoire, si la procédure cantonale le permet. Par contre, la seconde circonstance détruit la présomption dès qu'elle sera établie et la demanderesse sera de plein droit déboutée de ses conclusions. C'est une véritable fin de non recevoir qui arrête le procès.

Qu'entend le Code civil suisse par « inconduite » lorsqu'il déclare dans son article 315, que l'action en paternité est rejetée, lorsque la mère vivait dans l'inconduite à l'époque de la conception ».

Les législations cantonales énuméraient les faits qui permettaient d'invoquer l'inconduite de la mère pour repousser l'action en paternité. Les Codes de Zurich, art. 701; Thurgovie, art. 191; Schaffhouse, art. 260, n'accordaient l'action en paternité ni à la fille publique, qui avait fait ce métier pendant les deux dernières années, ni à la demanderesse qui, pendant la même période, avait séjourné dans un lieu de débauche, ni à celle qui avait été déjà plusieurs fois mère (69), ni enfin à celle qui avait été condamnée pour adultère (70).

Le C. C. S. a supprimé cette énumération. Ce n'est pas seulement l'état de prostituée, mais même la légèreté de mœurs au point de vue sexuel que vise l'article 315 du C. C. S. C'est ainsi que l'ivrognerie, à elle seule, ne constitue pas l'inconduite (71).

Telle a été l'intention du législateur en déclarant dans

(69) Le Code de Fribourg, art. 55, et le Code de Berne (Satz 185), prévoient aussi ces cas. Mais le Code bernois exige *deux enfants naturels*.

(70) Les Codes de Fribourg et de Berne sont d'avis de refuser l'action à la femme divorcée ou séparée de corps pour cause d'adultère.

(71) Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 379.

l'exposé des motifs : « On décidera d'après la règle, si la cohabitation avec plusieurs hommes doit être envisagée comme une cause de déchéance. Il peut se produire des cas dans lesquels, malgré cette cohabitation multiple, on ne pourra pas prétendre que la demanderesse menait mauvaise vie. On pourra souvent admettre, en revanche, que la mère était de mœurs déréglées quoiqu'elle n'ait pas précisément été une prostituée. » (Exposé des motifs, p. 299.)

L'article 330 du Projet du Conseil fédéral décidait que l'exception tirée de la mauvaise vie de la mère devait être accueillie, lorsque sa conduite permettait de supposer à bon droit, que le père de l'enfant pouvait être un autre que le défendeur. Un arrêt du Tribunal fédéral déclare aussi que, l'action en paternité ne peut être écartée en raison de l'inconduite notoire de la mère, que lorsque cette inconduite est de telle nature qu'elle pourrait rendre incertaine la paternité du défendeur ». Il n'est pas nécessaire, il est vrai, que cette incertitude soit due à un fait concret ; il suffira que l'inconduite soit telle qu'il en résulte la probabilité des rapports sexuels avec d'autres hommes que le défendeur (72).

Le juge a un large pouvoir d'appréciation dans chaque espèce (73). C'est ainsi qu'il a été décidé que le jeune âge du défendeur comparé à celui de la demanderesse, n'implique pas nécessairement que la mère a été de mœurs légères (74). Mais une fois l'inconduite de la mère établie, ni celle-ci, ni l'enfant ne pourront prouver que

(72) Arrêt du 1^{er} oct. 1913. Vol. 39, p. 492.

(73) Exposé des motifs, loc. cit.

(74) Même arrêt que ci-dessus.

malgré cela, le défendeur soit le père (75). C'est une exception péremptoire, de la catégorie des fins de non recevoir en droit français et qui a effet tant à l'égard de la mère que de l'enfant (76).

Le Code civil allemand n'admet pas que l'inconduite puisse être invoquée pour se soustraire à la paternité, car elle ne démontre pas d'une manière absolue que la paternité est incertaine. Seul le fait que la mère a eu des rapports sexuels avec plusieurs hommes donne lieu à l'incertitude. C'est donc l'*exceptio plurium constupratorum* qu'il faut invoquer pour rejeter l'action en recherche de la paternité (77).

b) *Certitude de non paternité*. — Le Code civil suisse, dans son article 314, 2^e alinéa, déclare que la présomption de paternité « cesse si des faits établis permettent d'élever des doutes sérieux sur la paternité du défendeur ». Les termes de ce texte, étant très larges admettent l'exception de l'impossibilité et de toute autre cause. C'est ainsi qu'on pourra alléguer, pour faire tomber la présomption de paternité, l'impuissance du père présumé à l'époque de la conception, la grossesse de la femme au moment où elle a eu avec lui des relations sexuelles, les signes particuliers de l'enfant révélant une autre race que celle du défendeur, l'écart entre l'époque de la conception, fixée d'après la conformation de l'enfant à sa naissance et celle où la mère a eu des relations avec le père prétendu.

(75) Même arrêt que ci-dessus.

(76) Curti-Forrer, op. cit., article 315, note 4.

(77) Motif, p. 889.

Le Code civil allemand fait aussi allusion à la certitude de non paternité, lorsqu'il déclare, dans son article 1717, que « la cohabitation ne doit pas être prise en considération si, d'après les circonstances, il est manifestement impossible que la mère ait conçu l'enfant des œuvres de celui qui a cohabité avec elle ». L'impossibilité résultera, par exemple, de l'éloignement du père prétendu à l'époque de la conception, d'un accident ayant entraîné son incapacité de procréer à la dite époque, de l'emploi des moyens devant empêcher la conception.

Mais on a soutenu que la ressemblance de l'enfant à un homme autre que le père prétendu, et même les mesures préventives prises pour éviter la grossesse de la mère, ne suffisent pas pour nier la paternité, car, dans ces cas, rien ne prouve l'impossibilité de la conception (78).

Cependant, les juges pourront tenir compte de ces circonstances et les joindre à d'autres pour renverser la présomption de paternité établie par l'article 1717 (79).

SECTION IV

Rejet de la demande. — Sanctions

En cas d'échec de l'action en paternité, le demandeur peut être frappé :

1° D'une condamnation pécuniaire à des dommages-intérêts, s'il a agit avec légèreté ;

2° En cas de mauvaise foi du demandeur, afin d'éviter les scandales inutiles et des chantages, l'article 3 de la

(78) Lhospied, op. cit., p. 255 et 256.

(79) Lhospied, op. cit., p. 255 et 256.

loi de 1912, rend applicable aux demandeurs convaincus de mauvaise foi, d'une part, l'article 400 du Code pénal (prison de 1 à 5 ans, amende de 50 à 3.000 francs) et d'autre part, accorde au Tribunal la faculté de prononcer une interdiction de séjour dans un rayon déterminé pendant 5 ans au moins et 10 ans au plus. Il va sans dire que la mauvaise foi doit être prouvée par le défendeur. Et pour qu'il y ait mauvaise foi, il faut qu'on arrive à démontrer que le demandeur était certain de la non paternité du défendeur. Preuve très difficile à établir, car il faut démontrer l'absence complète de relations entre le défendeur et la mère de l'enfant pendant la période légale de la conception.

Afin d'écartier les lenteurs d'une poursuite correctionnelle spéciale, la loi de 1912 accorde au tribunal civil la faculté de prononcer lui-même cette peine, dans le jugement qui rejette la demande comme étant de mauvaise foi.

SECTION VI

Autorité du jugement déclarant la paternité

En droit français le jugement accueillant une action en paternité n'a que l'autorité relative de la chose jugée (art. 100, C. C.). Les tiers intéressés peuvent attaquer la filiation de l'enfant (80). Aussi, le jugement rendu sur la demande de la mère pendant la minorité de l'enfant est opposable à cet enfant devenu majeur, car la mère agit

(80) Cass. Civ., avril 1925, D. 1925, 1-201 ; Planiol et Ripert, t. I, n° 153 *bis* ; Wahl, op. cit., n° 117 et suiv. ; Bartin sous Aubry et Rau, op. cit., § 569, p. 285. *Contra* Savatier, op. cit., p. 174.

en son nom. Mais, il peut intenter à sa majorité, contre un autre individu que celui que son représentant légal a déjà poursuivi et fait déclarer père, une nouvelle action en déclaration de paternité. Peu importe qu'il vienne à établir une nouvelle paternité, car les deux jugements qui ont déclaré père de l'enfant deux individus différents, son indépendants, mais pour savoir à qui appartient la puissance paternelle, une nouvelle instance entre les deux pères est nécessaire, et le juge saisi devra tenir compte surtout de l'intérêt de l'enfant (81).

Par contre, en droit espagnol (82) et en droit vénézuélien l'autorité du jugement déclarant la paternité est absolue. En effet, l'art. 1252, al. 2, du Code civil espagnol déclare : « Dans les questions relatives à l'état civil des personnes, à la validité ou à la nullité des dispositions testamentaires, la présomption de chose jugée est opposable aux tiers, même s'ils n'étaient pas partie aux débats. (Contra, art. 100 du Code civil français.)

Le Code civil vénézuélien, bien qu'admettant dans son art. 1422, le principe de l'autorité relative de la chose jugée, a fait une exception expresse à ce principe, en établissant dans son art. 246 que le jugement qui déclare la filiation naturelle produit les mêmes effets que la reconnaissance volontaire (83).

Aussi dans ces deux législations le jugement déclarant la paternité non seulement est opposable aux tiers, *erga omnes*, mais il ne pourra pas être contesté.

En Suisse, le jugement déclarant la paternité n'a pas seulement force légale entre les parties, mais fixe la parenté de l'enfant à l'égard de la famille du père (84).

(81) *Bartin* sous *Aubry et Rau*, op. cit., § 569, p. 285 et 286. *Contra Savatier*, op. loc. cit.

(82) Dans ce sens, *Demofilo de Buen*, op. cit., t. I, p. 668, in-fine.

(83) Dans ce sens, *Dominici*, op. cit., t. I, p. 340.

(84) *Curti-Forrer*, op. cit., art. 323, note 2.

SECTION VI

De la rétroactivité de la loi de 1912

La loi de 1912 ne déroge point au principe de la non rétroactivité de la loi, et, cependant, elle donne l'action aux enfants naturels nés avant sa promulgation. C'est qu'alors elle s'applique non pas à des actes juridiques établis sous une loi antérieure, mais à des faits matériels, sans existence juridique puisque l'ancien article 340 ne permettait pas leur constatation légale.

Si aujourd'hui, une nouvelle loi venait supprimer les cas de recherche de la paternité de l'art. 340 nouveau : l'enfant qui aurait fait établir sa filiation en vertu de ce dernier texte, conserverait son état.

Par contre, celui qui aurait négligé d'intenter l'action tant que la loi de 1912 était en vigueur en serait désormais privé.

C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal civil de Bazas dans un jugement remarquable dont nous reproduisons les principaux attendus :

« Attendu que l'on ne saurait prétendre que l'assurance donnée par l'ancien article 340 au père naturel de ne pouvoir être utilement recherché en cette qualité revêt le caractère d'un droit acquis, qu'on ne peut, en effet, admettre qu'un père ait un droit acquis à s'affranchir des obligations naturelles qui incombent à tout homme au regard de son enfant. Attendu que sous l'empire de l'ancien article 340, le droit du père consistait purement et simplement en la faculté légale d'opposer

une fin de non recevoir absolue à l'action en recherche de la paternité dirigée contre lui, que cette faculté ne constituait qu'une simple expectative, ayant pour effet de mettre uniquement le père naturel à l'abri de l'action en recherche de la paternité, et pouvant, comme toutes les facultés de cette nature, être modifiée ou même abolie par une loi nouvelle, au même titre qu'elle avait été concédée par la loi précédente; Attendu que la loi de 1912 qui autorise la recherche de la paternité dans certaines conditions a supprimé cette faculté légale; Attendu, dès lors, qu'en faisant au défendeur application de cette loi, il n'est pas permis de dire que l'on porte atteinte à un droit acquis (85). »

Mais il convient de remarquer que la Cour de Cassation (86), en déclarant la paternité d'un enfant, a autorisé la réouverture des successions déjà réglées, qui constituent des droits acquis que le principe de non rétroactivité des lois protège.

Lorsqu'il s'agit d'un droit acquis par un jugement rendu avant la promulgation de la loi de 1912, il faut faire une distinction. Si le jugement a été prononcé en application d'une disposition postérieurement effacée par la nouvelle loi, on ne saurait invoquer l'autorité de la chose jugée contre une nouvelle action, car le jugement qui sera rendu sur cette action ne sera pas en contradiction avec le premier, ayant une nouvelle loi pour fondement juridique.

(85) Trib. civ. de Bazas, 15 juillet 1913. D. 14-2-43 ; Douai, 8 déc. 1913. D. 14-2-43 ; Paris, 15 mars 1916. D. 17-11-118. Voir *Contrà* Trib. Civ. Bordeaux, 9 fév. 1914. D. 14-2-43 ; Trib. Civ. de Versailles, 3 fév. 1914, loc. cit.

(86) Civil, 20 fév. et 24 juill. 1917. D. 1-81. Note Capitant S. 17-1-73. Note Lyon, Caen. Req. 8 nov. 1922. D. 23-1-12. S. 23-1-164.

Tel est le cas d'une action en recherche de la paternité d'abord rejetée, comme n'ayant pas pour cause l'enlèvement prévu par l'ancien art. 340 et admise ensuite en application du texte de la loi de 1912.

Par contre, l'on peut bien invoquer l'autorité de la chose jugée si la nouvelle action intentée pour le même fait a le même fondement juridique que la première, la loi de 1912 n'ayant rien changé sur ce point. C'est le cas d'une action fondée sur l'enlèvement. Cette même question a une très grande importance au Vénézuéla où le Code de 1916 avait introduit la loi française de 1912 que le Code civil de 1922 actuellement en vigueur supprima, revenant aux dispositions primitives qui autorisent la recherche de la paternité seulement dans le cas d'enlèvement et de viol.

La solution est la même qu'en France. Tout Vénézuélien qui, pendant la période 1916-1922, est arrivé à établir sa filiation paternelle ne perdra pas son état parce que le nouveau Code de 1922 restreint les cas d'admissibilité de la recherche de la paternité. Une filiation existe aux yeux de la loi, elle a été constatée légalement. Il y a un droit acquis sauvegardé par le principe de non rétroactivité de la loi.

Mais tout autre est la situation du Vénézuélien qui n'a pas profité des avantages établis par le Code de 1916, en négligeant d'agir en recherche de sa paternité. Aux yeux de la loi sa filiation paternelle n'existe pas puisqu'elle n'a pas été constatée légalement. L'enfant n'a acquis aucun droit; il sera soumis aux dispositions du Code civil de 1922, sans qu'il puisse invoquer que, ayant

vécu dans la période de 1916-1922, il doit bénéficier des dispositions plus larges du Code de 1916.

En effet, il avait avant 1922 une faculté d'agir, mais il n'en a obtenu aucun droit acquis.

SECTION VII

Droit international

En France, comme nous venons de leur voir, avant la loi de 1912, la recherche de la paternité était interdite, non seulement aux Français, mais même aux étrangers dont la loi nationale l'admettait. On estimait que l'ordre public s'opposait à des procès de cette nature.

La loi de 1912 a autorisé la recherche de la paternité dans certains cas. Est-ce que l'énumération limitative de ces cas contenu dans le nouvel article 340 doit être appliquée aux étrangers, même lorsque leur loi nationale est plus large dans l'admission de la recherche de la paternité ?

Les avis sont partagés. Certains auteurs prétendent que la prohibition de la recherche de la paternité ayant disparu, l'ordre public n'est plus en jeu, et qu'il faut accorder aux étrangers le droit d'intenter l'action selon leur loi nationale (87).

Nous croyons, cependant, qu'en France, le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité subsiste aussi, il n'y a pas lieu d'adopter une autre solution que celle qui prévalait avant la loi de 1912.

(87) Audinet, applicat. aux étrangers de la loi sur la recherche de la paternité. *Rev. dr. int. priv.* 1917, p. 516 et s.; Pillet, I, n° 326.

L'ordre public serait atteint par une recherche de la paternité effectuée dans d'autre cas que ceux prévus par cette loi (88).

En principe, la reconnaissance forcée n'est admise que si la loi personnelle des parties le permet. Mais si cette solution ne trouve pas de difficultés lorsque le parent recherché et l'enfant ont la même nationalité, elle soulève une controverse dans le cas contraire. Trois systèmes sont en présence :

- 1° Application de la loi de l'enfant;
- 2° Application de la loi du père;
- 3° Application cumulative de ces deux lois.

1° *Le premier système* est consacré par la jurisprudence (89). On invoque, pour justifier cette solution, que la recherche de la paternité est un moyen accordé à l'enfant pour établir sa filiation et réclamer des aliments. C'est donc un moyen de protection de l'incapable qui, comme ce qui concerne l'état des personnes, est soumis à sa loi nationale. C'est en effet l'état de l'enfant qui est ici en cause, en grande partie du moins (90).

Selon ce système, un vénézuélien, à qui sa loi personnelle interdit la recherche de la paternité, ne pourra pas intenter cette recherche contre un autre vénézuélien résidant en France, par exemple. Si le défendeur est un Français, le juge devra aussi rejeter l'action intentée par un vénézuélien, parce que son statut personnel le lui interdit. A l'inverse sera recevable l'action en recherche de la paternité intentée par un français contre un véné-

(88) Dans ce sens, Surville, *conflits des lois sur la recherche de la paternité*, Clunet, 1913, p. 7; Niboyer, 2° et 1928, p. 761, n° 648.

zuélien dans un pays où la recherche de la paternité est admise. Rejeter cette action serait commettre un déni de justice envers le demandeur puisque ce serait le priver de l'application de sa loi nationale. Mais si, au lieu d'intenter l'action dans un pays où la recherche de la paternité est admise, le demandeur français agit, par exemple au Vénézuéla, contre un brésilien, l'action doit être repoussée comme s'opposant à l'ordre public (91). Toutefois, si l'action en recherche de la paternité a été accueillie par un Tribunal d'un pays où elle est permise, elle produit ses effets, même dans un pays qui l'interdit, car, ainsi l'on évite les procès scandaleux et l'on n'atteint point l'ordre public (92). Il faut faire exception bien entendu pour l'action qui constaterait une filiation adultérine ou incestueuse, si le pays où le jugement serait invoqué prohibe le simple aveu comme contraire à l'ordre public (93).

D'autre part, toute action, quoique ne tendant pas à établir la paternité, devra être repoussée, si elle viole, d'une manière directe ou indirecte, le principe de l'interdiction de la recherche de la paternité.

(89) Cass. civ. 20 janv. 1925. S. 25-1-49 ; Paris, 16 mai 1923. Cl. 24, p. 113 ; Cour de Lyon, 30 déc. 1920, Cl. 21, p. 213 : interdit à un enfant italien de rechercher son père français, parce que la législation italienne interdit la recherche de la paternité ; Req., 8 juin 1921, Rev. dr. Intern. pr. 1924, p. 73 ; Contrà Trib. de Nantua, 13 déc. 1922, Cl. 23, p. 852. Ce tribunal refuse à l'enfant français le droit d'établir sa filiation à l'égard de son père italien, parce que la législation italienne s'y oppose.

(90) Bartin, note Dalloz, 1901, 2-267, col. 1.

(91) Weiss, 8^e édit. 1920, p. 514 ; Despagnet, 5^e éd. 1909, p. 833 ; Contrà Fiore, d. In. pr., p. 272. Trad. Pradier-Fodère ; Laurent, t. V, p. 547.

(92) Weiss, op. loc. cit. ; Despagnet, op. cit., 5^e édit. 1909, p. 835.

(93) Weiss, op. cit., p. 515 ; Despagnet, op. loc. cit.

C'est ainsi qu'une anglaise ne pourra pas poursuivre un homme dans un pays où la recherche de la paternité est interdite, au Vénézuéla par exemple, à l'effet d'établir qu'il est le père putatif de son enfant naturel. Par contre, un vénézuélien peut être poursuivi en Angleterre par une anglaise, afin d'être condamné à l'entretien de son enfant naturel et de décharger ainsi le budget de la paroisse (94).

2° Dans un *second système*, certains auteurs proposent d'appliquer la loi du défendeur, car l'effet de la déclaration de filiation est d'imposer une charge au parent recherché, au profit de l'enfant. D'autre part, dit-on, le législateur ayant toujours eu l'intention de protéger la famille, on ne peut pas concevoir que l'intérêt de l'enfant puisse l'emporter sur celui des individus dont il se prétend issu (95).

3° Selon un *troisième système*, pour que la reconnaissance forcée puisse être obtenue, il faut que la loi personnelle du parent recherché et celle de l'enfant ne s'opposent pas. Ce système se heurte aux difficultés de la pratique. Il est presque impossible d'appliquer les deux législations sans qu'elles se contredisent.

SECTION VIII

Aperçu critique de la recherche de la paternité

On peut dire qu'une bibliothèque entière a été écrite sur l'interdiction de la recherche de la paternité. Les auteurs se prononcent unanimement en faveur des tem-

(94) Voir Despagnet, *op. cit.*, 5^e édit. 1909, p. 834.

(95) Niboyet, *op. cit.*, 2^e édit., p. 767.

péraments à cette rigoureuse disposition. Il est inutile de développer les raisons qui l'on fait adopter, ni celles qui la font combattre. D'une part la tranquillité de la famille exposée à l'accusation mensongère d'une femme éhontée qui voudrait donner à son fils un père opulent, et, d'autre part, l'injustice manifeste qu'il y a à laisser un enfant sans appui et dans la plus triste situation, ne suffisent pas à faire trancher la question. L'interdiction de la recherche de la paternité est dans la nature et non dans la loi. Sur ce point, la différence entre l'homme et la femme est nette. La nature a voulu que la maternité soit certaine et la paternité incertaine. « La nature, disait le Premier Consul, ayant dérobé ce mystère à la connaissance de l'homme, à ses facultés morales et physiques, aux perceptions les plus subtiles de ses sens, comme aux recherches les plus pénétrantes de sa raison, et le mariage étant établi pour donner à la société, non pas la preuve matérielle, mais à défaut de cette preuve, la présomption légale de la paternité, il est évident, lorsque le mariage n'existe pas, qu'il n'y a ni signe matériel ni signe légal. Il n'y a plus rien qui puisse faire supposer, même la fiction conventionnelle et sociale. La paternité reste ce qu'elle était aux yeux de la loi comme aux yeux de l'homme, un mystère impénétrable; et il est en même temps injuste et insensé de vouloir qu'un homme soit convaincu, malgré lui, d'un fait dont la certitude n'est ni dans les combinaisons de la nature ni dans les institutions de la société (96). »

A tort on se révolte contre la loi qui ne fait que cons-

(96) Locré, *Législation civile de la France*, t. VI, p. 320.

tater une réalité : l'impossibilité physique de la preuve. En limitant la recherche de la paternité à certains cas elle ne fait qu'éviter des litiges sans résultats pratiques.

L'art. 340, bien qu'autorisant la recherche de la paternité dans certains cas ne change pas beaucoup, croyons-nous, la situation de l'enfant naturel, car les faits qu'il énumère ne constituent pas par eux seuls une preuve suffisante de la paternité, il faut qu'ils soient accompagnés de certaines circonstances qui apportent la certitude. Or, rendre certaine la paternité, c'est chose difficile pour ne pas dire impossible dans la plupart des cas. La loi naturelle qui s'y oppose ne souffre guère de tempéraments, et si la loi autorisait la libre recherche de la paternité, la difficulté de la preuve à fournir enlèverait presque tout effet à cette autorisation. Et cela, surtout, si la loi exigeait que le demandeur établisse la relation de cause à effet entre les rapports du père prétendu et de la mère et la naissance de l'enfant naturel, car il faudrait prouver que ce père prétendu est le seul homme qui ait cohabité avec la mère à l'époque de la conception. Aussi, ce que demandent au législateur ceux qui attaquent l'interdiction de la recherche de la paternité ce n'est pas une application impartiale des principes, mais une faveur pour l'enfant naturel, une dérogation, par exemple, à la règle *actore incumbit probatio*, ou bien la détermination de certains faits qui par eux-mêmes suffiraient à faire déclarer la paternité.

Il faut remarquer, d'autre part, que, sur certains points, la loi de 1912 est défavorable à l'enfant naturel.

L'ancien art. 340 du Code civil laissait tout au moins subsister un doute sur la question de savoir si l'enlève-

ment suffisait par lui-même à faire déclarer la paternité. Le législateur de 1912 a éclairé ce point au désavantage de l'enfant, en considérant l'enlèvement comme une cause d'admissibilité de la recherche de la paternité. En outre, le délai dans lequel l'action doit être intentée vient aggraver les difficultés qu'elle présente. L'extension des cas où elle est admissible ne compense pas l'inconvénient qui résulte de ce court délai de deux ans introduit par la loi de 1912.

Le Code civil suisse et le Code civil espagnol sont plus favorables que la loi française à l'enfant naturel devant la difficulté. Ces législations prennent parti pour l'enfant naturel en permettant que soit déclaré père l'homme qui s'est trouvé dans la situation de l'être, alors que, cependant, rien ne prouve qu'un autre ne soit pas le véritable auteur de l'enfant.

Mais par une telle solution ces législations s'exposent à permettre de nouvelles injustices. Sans doute, dans certains des cas qu'elles prévoient il ne saurait y avoir de doutes sérieux sur la paternité, par exemple dans le cas de possession d'état de l'enfant naturel. (Code civil espagnol, art. 135.)

Mais il est d'autres faits, comme le viol, qui ne permettent pas la même certitude; en admettant, malgré cela qu'ils entraînent la déclaration de la paternité on sacrifie le droit du défendeur à la protection de l'enfant naturel.

On ne saurait donc dire que ces dispositions des Codes civils suisse et espagnol soient en accord avec la justice.

Mais il faut trouver une solution pratique qui per-

mette de remédier à la triste situation de tant d'enfants naturels.

Nous croyons que la meilleure est celle qui consiste à admettre la recherche de la paternité dès que le demandeur est arrivé à démontrer que pendant la période de la conception le père prétendu a eu des relations avec la mère de l'enfant. Un rapport isolé suffit pourvu qu'il ait eu lieu pendant la dite période. Une fois ce fait accompli, le demandeur pourra prouver, par tous les moyens, la paternité du défendeur. Sans doute, une telle preuve est difficile, et cette solution ne donnera pas des résultats très satisfaisants, mais elle est la plus juste.

Lorsque la paternité ne peut pas être déterminée, en raison de la pluralité des concubins, nous croyons qu'il faut cependant assurer l'existence de l'enfant naturel, en obligeant solidairement tous ceux qui ont contribué à créer sa fâcheuse situation, de lui fournir les aliments. Tel est le système allemand qui établit une paternité alimentaire. Nous savons que cette obligation alimentaire a été vivement critiquée comme n'ayant pas de fondement juridique. On considère ce système de condamnation collective comme immoral et antisocial (97). Mais quelle meilleure solution adopter dans le cas où, par la faute de plusieurs hommes, l'enfant ne peut pas déterminer qui est son père ? Doit-on laisser cet enfant sans secours ? Ne vaut-il pas mieux imposer à toutes les personnes qui ont contribué à lui créer sa triste situation la charge de l'entretenir ? Pourrait-on refuser les

(97) Lhospied, *op. cit.*, p. 262.

moyens de vivre à un enfant dont la paternité serait incertaine par le fait que sa mère ait été violée par plusieurs hommes à la fois ?

La justification juridique de cette solution n'est pas facile, comme nous l'avons vu dans l'étude de l'obligation alimentaire, mais nous croyons qu'une telle institution s'impose, en dehors de toute logique juridique, comme une nécessité sociale.

DEUXIÈME PARTIE

Effets de la filiation naturelle établie

TITRE PREMIER

Effets dûs à la minorité de l'enfant naturel

CHAPITRE PREMIER

DOMICILE

Comme toute personne, l'enfant naturel doit avoir un domicile, d'autant plus que la détermination du Tribunal compétent pour l'organisation de la tutelle dépend du lieu de ce domicile.

Quel est le domicile de l'enfant naturel ?

Les rédacteurs du Code civil français n'ont pas pensé à l'enfant naturel en traitant la question du domicile.

L'art. 108, qui considère comme domicile de l'enfant celui de ses père et mère, ne vise que l'enfant légitime. Il faudrait conclure de cela que l'enfant naturel n'a pas de domicile légal. Mais le domicile de tout français, déclare l'art. 102, est au lieu où il a son principal établissement. Si l'enfant naturel est reconnu seulement par l'un de ses auteurs, il est domicilié chez cet auteur qui a sur lui la puissance paternelle. Reconnu par son père et par sa mère il est encore domicilié chez celui des deux auteurs qui a la puissance paternelle.

S'il est en tutelle, son domicile est celui de son tuteur.

Le Code civil *vénézuélien*, dans son art. 27, al. 2, déclare : : Le mineur non émancipé a le domicile du père ou de la mère ou du tuteur, selon les cas. La loi s'applique à tout mineur; elle ne fait pas de distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels.

Il s'ensuit que l'enfant naturel a le domicile de la mère s'il a été reconnu par elle, car c'est elle qui est investie de la puissance paternelle sur son enfant naturel. Peu importe que le père ait reconnu l'enfant avant elle. C'est une des conséquences de ce que l'enfant naturel jouit, à l'égard de sa mère, de la même condition que l'enfant légitime.

Si la reconnaissance n'a été faite que par le père, l'enfant tombe sous sa tutelle, et a, par conséquent, le même domicile que lui.

En *Espagne* le domicile des enfants naturels est le lieu de leur résidence habituelle (art. 40, C. C.).

Le Code civil suisse, dans son art. 25, considère « comme domicile des enfants sous puissance paternelle celui des père et mère; comme domicile des personnes sous tutelle, le siège de l'autorité tutélaire ».

Il résulte de cette disposition que si l'enfant naturel n'a pas été reconnu par son père et s'il n'a pas été obtenu contre celui-ci un jugement déclarant sa paternité, il aura comme domicile celui de sa mère, si celle-ci est investie de la puissance paternelle par l'autorité tutélaire. Si l'autorité tutélaire le met en tutelle, son domicile sera celui du tuteur (art. 311, al. 2).

Si enfin il a été reconnu par son père ou si la pater-

nité a été déclarée, son domicile sera celui des père et mère qui aura la puissance paternelle (art. 325, al. 3, C. C.) (1).

En *Allemagne*, où l'enfant naturel a la même condition que l'enfant légitime à l'égard de sa mère et de ses parents maternels, il est domicilié chez sa mère, même s'il ne demeure pas avec elle (art. 11). C'est ainsi que le changement de domicile effectué par la mère entraîne nécessairement le même changement pour l'enfant.

Si la mère vient à mourir, son enfant naturel conserve son domicile et ne peut en changer qu'avec le consentement de son tuteur.

En *Angleterre*, où le domicile s'acquiert par la naissance, *domicil of origin*, l'enfant naturel a le domicile de sa mère (2).

Le Code civil brésilien ne fait pas de distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Tous deux, pendant leur minorité, ont pour domicile celui de leur représentant (art. 36), et pendant leur majorité le lieu où ils établissent leur résidence avec l'intention de s'y fixer (art. 31).

(1) Voir Curti-Forrer, *op. cit.*, art. 25, note 5, parag. 2.

(2) A. Curti, *op. cit.*, p. 41-42.

CHAPITRE II

PROTECTION DE LA PERSONNE ET DES BIENS DE L'ENFANT NATUREL

Tout enfant mineur a besoin d'être protégé. Ce n'est pas seulement sa personne qui demande des soins spéciaux, mais aussi ses biens auxquels il faut une administration spéciale, car le mineur est incapable d'agir dans la plupart des cas. Et, de même que l'enfant légitime, l'enfant naturel est protégé par ses parents ou par son tuteur dans les cas prévus par la loi.

Toutes les législations ont senti le besoin de protéger l'enfant naturel mineur. Mais les moyens employés par elles sont différents. Les unes n'admettent que la tutelle. C'est ainsi qu'en Italie et en Allemagne l'enfant naturel est en tutelle dès sa naissance. (Code civil italien, article 184.) D'autres reconnaissent aux parents la puissance paternelle sur leurs enfants naturels, mais elles se différencient entre elles, par l'étendue des droits que comporte cette puissance paternelle et par le contrôle auquel est soumise la gestion des biens des enfants naturels. Les unes tendent à assimiler cette puissance paternelle à celle des parents légitimes. D'autres, au contraire, introduisent certaines restrictions qui la rapprochent de la tutelle.

En Suisse, on proposa l'admission du principe allemand de la tutelle obligatoire pour tous les enfants

naturels, mais M. Huber fit observer qu'il n'était pas juste de retirer la puissance paternelle à toutes les mères naturelles, car certaines d'entre elles étaient complètement dignes de l'exercer (3).

En principe, donc, on peut dire que l'enfant naturel se trouve protégé, soit par la puissance paternelle, soit par la tutelle.

SECTION I

Puissance paternelle

La puissance paternelle n'est plus aujourd'hui une institution établie au profit du *pater familias*. Elle a subi une profonde transformation. Au lieu d'un droit elle constitue plutôt un devoir, une charge pour les parents, qui consiste à surveiller et à protéger la personne et les biens de l'enfant, jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

Dorénavant, la puissance paternelle n'est plus un droit exclusif du père. Elle est aussi conférée à la mère. Aussi on a songé à l'appeler puissance parentale au lieu de puissance paternelle. D'autre part, la différence entre la puissance paternelle et la tutelle, qui était jadis très sensible, tend à s'atténuer, surtout pour les enfants naturels. C'est ainsi que les enfants sous puissance paternelle sont aujourd'hui mieux protégés par l'introduction d'un grand nombre de déchéances, suspensions, etc. (4), longtemps réservées à la tutelle des

(3) Bull. XV^e, p. 836 et 837.

(4) C. C. esp., art. 171, C. C. S., art. 285.

parents. L'extension des droits de contrôle (5), et le pouvoir du juge de ne pas accorder la puissance paternelle au père ou à la mère (6), montrent bien quelle est la tendance à restreindre les droits des parents. Toutefois, les parents pourvus de la puissance paternelle ont une plus grande liberté en ce qui concerne la personne de l'enfant.

En outre, les pouvoirs des organes de contrôle sont moins larges lorsqu'il s'agit de la puissance paternelle qu'ils ne le sont pour la tutelle et ces organes sont aussi moins nombreux, quoique certains codes, tel que le Code civil suisse (art. 360), aient réduit sensiblement le nombre d'organes de contrôles de la tutelle.

Ceci dit, nous étudierons maintenant la puissance paternelle des parents naturels, et nous tâcherons de dégager les principales différences qui existent entre elle et la puissance paternelle des parents légitimes.

§ I. — ATTRIBUTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE AUX PARENTS NATURELS

De même que les enfants légitimes, les enfants naturels sont soumis, dans la plupart des législations (7), à

(5) C. C. espagnol, 171, in-fine, 283-297.

(6) C. C. S., 324-325.

(7) C. C. F. 383; C. C. esp. 154. En Espagne, certaines provinces conservent encore leurs *fueros* et par conséquent ne sont pas soumises à l'art. 154. En Aragon, la *Observancia*, 2^o, ne *pater vel mater pro filio teneatur, proclama* l'inexistence de la puissance paternelle. Castan, *Derecho civil*, Madrid 1922, t. I, p. 732. C. C. B. 379; C. C. Port. 166-167; C. C. chilien, art. 276, Code civ. hollandais, modifié par la loi du 16 février 1901, sur la puissance paternelle et la tutelle, art. 408; C. C. it., art. 184 et 185; C. C. péru. 284 et 285. Contra C. C. all. 1707. Le C. C. vén. ne vise que la mère comme ayant droit à la puissance paternelle, art. 284. En Angleterre, aussi c'est la mère qui a la puissance paternelle, Curti, p. 99.

la puissance paternelle, car l'autorité paternelle dérive de la procréation (8). Une fois le lien de filiation établi par n'importe quel moyen, pourvu qu'il soit admis par la loi, l'enfant naturel mineur tombe sous la puissance paternelle.

En principe, la puissance paternelle appartient au père et à la mère ensemble s'ils ont reconnu leur enfant (8 *bis*). Mais les législations ne déterminent pas de la même façon celui des deux qui, dans ce cas, doit l'exercer. Cinq systèmes sont adoptés :

a) *Prééminence du père.* — Le père est préféré à la mère, pour l'exercice de la puissance paternelle. Ont établi cette règle, notamment le Code civil espagnol art. 154, le Code civil portugais art. 138 et 166, le Code civil chilien art. 276, le Code civil français art. 383, et le Code civil hollandais, art. 408; accorde aussi la puissance paternelle au père dans le cas de reconnaissance simultanée, le Code civil brésilien, argument 283.

b) *Prééminence de la mère.* — C'est la mère qui exerce seule la puissance paternelle. C'est ainsi que le Code civil vénézuélien, dans son article 284, ne reconnaît ce droit qu'à elle seule. C'est une conséquence logique de l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime, à l'égard de sa mère. Par contre, le père ne peut être que tuteur de l'enfant reconnu par lui, toutes les fois que l'enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle de la mère (art. 338).

(8) Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, p. 251, éd. 1908.

(8 *bis*) Voir art. cités ci-dessus.

Le Code civil allemand, article 1707, accorde seulement à la mère certains droits inhérents à la puissance paternelle. Cette solution admise par le Code civil allemand est une sensible dérogation à ce principe: que la mère légitime exerce la puissance paternelle quand le père est décédé, ou déclaré décédé, ou lorsqu'il est déchu de ses droits et que le mariage est dissous (art. 1684, C.C. A.), car à l'égard de la mère, tous les enfants sont considérés comme légitimes (1705, C.C.A.). Mais cette dérogation a été justifiée par des arguments d'ordre pratique. On a considéré que la mère naturelle n'offre pas la même garantie, pour élever ses enfants, que la mère légitime, car le plus souvent c'est une femme de mœurs légères pour qui l'enfant, loin de constituer un événement heureux, est une véritable charge, une honte. (Motive IV, p. 859 à 862.) C'est pour ces raisons qu'on a crû prudent de lui enlever les attributions de la puissance paternelle au point de vue pécuniaire. Cependant, le législateur allemand a jugé la rigueur de l'article 1707 et, lorsque nous étudierons la tutelle, nous constaterons qu'il a remédié à la triste situation de la mère naturelle en autorisant le juge compétent à lui déférer la tutelle, s'il le trouve convenable.

Remarquons aussi qu'en Espagne, le Tribunal Suprême (9) a décidé que l'article 154 du Code civil espagnol ne peut pas avoir d'effet rétroactif, et par conséquent, que la *patria potestas* sur les enfants naturels nés avant que le Code entrât en vigueur, appartient à la mère, d'accord avec la loi 3a, tit. 9º, Partida 4a, sans qu'on puisse lui enlever ce droit pour l'attribuer au père.

(9) Sentence du 28 avril 1894, Manresa, p. 13, op. cit., t. I.

c) *Prééminence du premier parent qui a reconnu l'enfant.* — Tel est le système de la législation française (art. 383 C. C.) et de la législation hollandaise (art. 408 C. C.), qui déclarent que la puissance paternelle sur les enfants légalement reconnus est exercée par celui de leur père et mère qui les aura reconnu le premier.

La raison qui fait admettre la prééminence du père lorsqu'il s'agit de filiation légitime, ne peut être invoquée à propos de l'enfant naturel qui est l'enfant sans famille. Si la mère a montré un plus grand dévouement que le père à l'égard de son enfant naturel, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit désignée, au lieu du père négligent, pour exercer la puissance paternelle.

- Tout autre est la situation dès qu'il s'agit d'un enfant né dans le mariage. Le père étant le chef de la famille, on ne pourrait songer, sans courir le risque presque certain de créer le désaccord dans le ménage, à attribuer à la mère la puissance paternelle, car le père et la mère habitent sous le même toit. Mais la loi édicte des règles spéciales pour le cas où l'union existant entre le père et la mère vient à être rompue, par exemple par le divorce.

Ce troisième système a l'avantage d'éviter tout changement dans la puissance paternelle, en cas de reconnaissance postérieure du père, et de récompenser l'affection prouvée par l'empressement avec lequel a été faite la reconnaissance.

d) *Prééminence de l'intérêt de l'enfant.* — Certaines législations, après avoir désigné l'un des deux parents, accordent néanmoins aux tribunaux la faculté de confier à l'autre l'exercice de la puissance paternelle. C'est l'avis

de la législation française (art. 383, C. C. F.). On tient compte de l'intérêt de l'enfant. Il se peut que le second auteur de la reconnaissance soit plus favorable à l'enfant et plus digne de ce rôle. La même considération, d'ailleurs, a poussé le législateur à donner une solution semblable pour l'enfant légitime, dont le père et la mère sont divorcés (art. 302, C. C. F.). Toutefois, le père, la mère ou le ministère public (10) pourront se pourvoir en première instance devant la Cour d'appel, mais non pas devant la Cour de Cassation, car il s'agit d'une question de fait.

Le tribunal est juge souverain pour apprécier l'utilité des prétentions et décider d'un changement qui peut être total ou partiel.

Le Code civil suisse contient la même solution dans son article 325, al. 3 : « L'autorité tutélaire peut conférer la puissance paternelle au père ou à la mère », ce qui implique que le juge n'est pas obligé d'accorder la puissance paternelle au père ou à la mère (11).

Il va sans dire que de même que le tribunal a le droit de conférer la puissance paternelle, il peut la retirer s'il juge cela utile.

e) *Prééminence de l'auteur de la reconnaissance volontaire.* — La puissance paternelle est refusée au père ou à la mère, dont le lien de paternité ou de maternité n'est déclaré que par une reconnaissance forcée. C'est ainsi que le Code civil portugais, article 166, décide que « les enfants reconnus sont, pendant leur minorité, soumis à

(10) Baudry Lacantinerie et Cheneaux, t. V, p. 277, n° 226.

(11) Voir Rossel et Mentha, op. cit., t. I, p. 386.

la puissance paternelle de la même manière que les enfants légitimes, à moins que leur filiation n'ait été contestée par leurs père et mère et judiciairement constatée contre eux-ci ».

Cette différence entre la reconnaissance volontaire et forcée introduite par le Code civil portugais, a une juste raison d'être, car le père ou la mère qui a nié la filiation de l'enfant n'inspire pas la confiance qui permettrait seule de lui attribuer la puissance paternelle.

Enfin, faisons observer que le Code civil chilien, article 223, attribue à la mère la garde des fils mineurs de 5 ans et des filles de tout âge. Le Code civil vénézuélien, art. 193, al. 4, dispose aussi que les mineurs de trois ans seront confiés à la garde de la mère.

§ 2. — ATTRIBUTS DE LA PUISSANCE PATERNELLE

Les conséquences de la puissance paternelle sont de deux genres : les unes touchent la personne de l'enfant, les autres ses biens. Et nous pouvons dire que pour les premières, il existe une assimilation presque complète de la puissance paternelle des parents naturels à celle des parents légitimes (12).

Par contre, quant aux conséquences que la puissance paternelle entraîne sur les biens de l'enfant, il y a une tendance à restreindre les droits des parents naturels, soit en leur donnant le rôle de tuteur, soit par la création d'un régime intermédiaire entre la puissance paternelle et la tutelle (13).

(12) Voir notamment dans ce sens C. C. F., art. 383, in-fine; C. C. esp. 154.

(13) C. C. fr., art. 389 ; C. C. esp., art. 166.

A) QUANT A LA PERSONNE DE L'ENFANT

a) *Droits dévolus aux père et mère naturels.* —

A) *Droit au respect et à l'obéissance.* — Ces droits apparaissent toutes les fois qu'il existe une subordination. L'enfant se trouvant soumis à la puissance paternelle, a le devoir d'obéir et de respecter ses parents. Toutes les législations proclament cette obligation de l'enfant (14).

B) *Droit de garde.* — Ce droit existe dans certaines législations au profit des deux parents (15). Ils peuvent réclamer l'enfant à ceux qui le gardent illégalement (16). En Allemagne même, où la mère n'exerce pas la puissance paternelle (art. 1707), elle a cependant, comme conséquence directe de ses devoirs, le droit de garde et de surveillance sur l'enfant.

L'étendue de ce droit varie suivant les législations. C'est ainsi qu'en Suisse, le mineur de 16 ans a le droit de choisir librement sa confession (art. 277, C. C., al. 3) (17). Par contre, au Vénézuéla, l'enfant est complètement soumis à la mère tant que dure la puissance paternelle (arg., art. 285, C. C.). Le Code civil français, dans son article 374, déclare que l'enfant ne pourra pas quitter la maison paternelle sans la permission du père, si ce n'est pour enrôlement volontaire après l'âge de

(14) Voir notamment C. C. fr., art. 371; C. C. esp., art. 154; C. C. vén., art. 283; C. C. S., art. 275; C. C. brésilien, art. 384, al. dernier; Angleterre, *urti*, op. cit., p. 99.

(15) C. C. esp., 156; C. C. portugais, 143 et 166; C. C. S., art. 274.

(16) C. C. B., art. 384, al. 5; C. C. A., art. 1632.

(17) Elle s'accorde avec la coutume établie par la religion protestante, qui a fixé à cet âge le moment de la confirmation. Voir Curti-Forrer, art. 277, note 4.

18 ans révolus. En Angleterre, la garde « custody » sur l'enfant illégitime dure jusqu'à sa seizième année au profit de la mère (18).

Γ) *Droit de correction.* — Dans presque toutes les législations, ce droit existe au profit des parents qui ont la puissance paternelle (19). Même en Allemagne, où la mère n'a pas la puissance paternelle (art. 1707), elle a le droit de correction (art. 1631, al. 2), car elle est responsable des actes de son enfant. Par contre, en Angleterre, nulle part nous n'avons constaté l'existence de ce droit ; du reste, le père légitime ne peut pas, sur sa simple réquisition, faire mettre en prison son fils indiscipliné (20).

La loi vient en aide au père dans son devoir de correction, en lui accordant le droit de demander la détention de l'enfant. Remarquons qu'en Espagne, l'ordre d'arrestation ne peut pas lui être refusé. Il suffit de sa demande ou de celle de la mère, accompagnée de l'approbation du juge, pour que l'enfant mineur (art. 156, al. 2) soit incarcéré. Et même si le père ou la mère se remarient, ils ne sont pas obligés d'indiquer les motifs de la détention, alors que l'article 157 l'exige pour les père et mère légitimes. Ici, la loi a le tort de ne songer qu'aux enfants légitimes, car en règle générale, on aime plus les enfants légitimes que les enfants naturels qui, en conséquence, ont besoin de plus de protection.

Par contre, en France, l'article 377 déclare que depuis

(18) Lehr, op. cit., p. 123, n° 206.

(19) C. C. fr., art. 375 et s.; C. C. V., art. 287; C. C. esp., 156; C. C. port., 143 et 166; C. C. S., art. 278.

l'âge de 16 ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra requérir la détention de son enfant, mais elle pourra être accordée ou refusée (21).

La durée de la détention varie selon les législations. En Espagne, elle ne peut excéder un mois (art. 156, al. 2., C. C.). De même au Portugal (art. 143, C. C.). Par contre le C. C. vénézuélien, art. 287, in fine, déclare que l'incarcération cessera lorsque le père le demandera. En France, si l'enfant est majeur de 16 ans, la détention peut durer 6 mois (art. 377 C. C.).

Δ) *Droits de consentir à l'émancipation et à l'adoption.*

— Ces droits sont aussi des attributs de la puissance paternelle (22). Aussi, ils sont reconnus au profit du père ou de la mère ayant la puissance paternelle. Mais une différence existe entre la législation française et les autres législations, notamment celles qui font l'objet de notre étude. C'est que la loi française fait une distinction entre le tuteur et l'auteur ayant la puissance paternelle. Le premier ne peut émanciper l'enfant qu'au bout de sa 18^e année. Tandis que le père ou la mère peut l'émanciper dès l'âge de 15 ans (art. 478 et 479 du C. C.). Par contre, les législations espagnole (art. 318, C. C.), suisse (art. 15, C. C.), vénézuélienne (art. 407, C. C.) et brésilienne (art. 9, C. C.), ne font aucune distinction entre les

(20) Lehr, op. cit., t. I, p. 118, n° 198.

(21) Voir aussi C. C. P., 143.

(22) Pour l'émancipation, Voir Delvincourt, t. I, p. 469; Proudhon, op. cit., t. II, p. 426; Loiseau, op. cit., p. 545 à 550; Toullier, op. cit., t. II, n° 1287; Duranton, op. cit., t. III, n° 657; Cadrés, op. cit., n° 187; Marcadé, sur l'art. 477, n° 2; Demolombe, op. cit., t. VIII, n° 373 à 375; Zacharie, § 571, note 7. En sens contraire, Rolland de Villargues, op. cit., n° 302.

père et mère et le tuteur ; il est toujours nécessaire, pour l'émancipation, que l'enfant ait atteint l'âge de 18 ans, à moins qu'il ne se marie.

Remarquons enfin, que la loi anglaise ne connaît pas d'autre forme d'émancipation que celle qui accompagne le mariage (23).

E) *Droit de consentir au mariage.* — L'enfant mineur, légitime ou naturel, ne peut se marier sans avoir obtenu le consentement de son père ou de sa mère ayant la puissance paternelle (24). Dans certaines législations, ce droit de consentir au mariage est réservé aux parents de l'enfant et complètement refusé au tuteur (25). En Angleterre, le droit de garde de l'enfant naturel accordé à la mère, n'entraîne pas comme conséquence le droit de consentir à son mariage (26).

Z) *Droit de nommer un tuteur à l'enfant.* — Etant un attribut de la puissance paternelle, il est accordé, dans la majorité des législations, au père ou à la mère, et refusé au tuteur (27).

Cependant, en France, ce droit au profit du père ou de la mère ayant la puissance paternelle est très discuté ; reconnu par les uns (28), nié par d'autres (29).

(23) Lehr, op. cit., p. 47, n° 86.

(24) C. C. français, art. 158-159 ; C. C. S., art. 98 ; C. C. esp., art. 46 ; C. C. port., art. 1061 ; C. C. brésil., art. 384, al. 3 ; C. C. vénéz., art. 83 ; A. Curti, op. cit., p. 53.

(25) C. C. esp., art. 46 ; C. C. port., art. 1061.

(26) Encyclopaedia of the law of England, t. IX, v. Parent and Child, p. 368.

(27) C. C. esp., art. 206 ; C. C. port. 193 et s. ; C. C. vénéz., art. 332 ; C. C. brés., art. 384, al. 4 ; C. C. ital., art. 242, 243, 248.

(28) Aubry et Rau, parag. 571, p. 315, note 17 ; Laurent, t. IV, n° 416.

(29) Demolombe, op. cit., t. VIII, n° 386 ; Baudry-Lacantinerie et Cheneaux, t. V, des personnes, p. 426, n° 353.

b) *Droits dévolus aux ascendants autres que le père et la mère.* — En principe, on n'accorde pas aux ascendants autres que le père et la mère de l'enfant, les droits découlant de la puissance paternelle. Cependant certaines législations, telle que l'espagnole (art. 46, C. C.) et la vénézuélienne (art. 84, C. C.) exigent que l'enfant, pour contracter mariage, obtienne le consentement des aïeuls et aïeules, si le père et la mère sont morts ou se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

L'article 310 du Code civil vénézuélien oblige tous les enfants légitimes, illégitimes ou adoptifs, à fournir les aliments à leurs père et mère et à leurs ascendants.

En France, les ascendants sont privés de tout droit envers leur descendance naturelle, en vertu du principe que le lien de parenté naturelle ne s'étend qu'au premier degré.

B) QUANT AUX BIENS DE L'ENFANT

a) *Jouissance légale.* — En principe, toutes les législations qui reconnaissent à l'enfant naturel un droit à une quote-part dans la succession de ses père et mère, donnent à celui des parents exerçant la puissance paternelle, la jouissance légale des biens de cet enfant.

Tel est la règle du Code civil français (art. 384, al. 2) et du Code civil vénézuélien (art. 294). La loi française exige seulement qu'un subrogé-tuteur soit nommé et les parents n'entrent en jouissance qu'après sa nomination. Toutefois, leur droit rétroagira à son entrée en possession des biens de l'enfant, si la nomination du subrogé-

tuteur intervient dans les trois mois qui suivent son entrée en fonction (art. 389).

Dans d'autres législations, cependant, ce droit de jouissance légale n'est pas considéré comme une conséquence nécessaire de la puissance paternelle des parents naturels. Et même le Code civil portugais, art. 166, et le Code civil espagnol, art. 166, l'ignorent totalement, toujours par méfiance envers les parents naturels, qui peuvent être poussés à reconnaître leurs enfants pour profiter de leur bonne situation pécuniaire. Ces codes n'ont pas voulu, sur ce point, laisser à l'appréciation des juges, les conditions de moralité des parents naturels, comme le fait le Code civil suisse, art. 327 ; ils les ont tout simplement déclarés incapables de plein droit de jouir des biens de leurs enfants naturels. Nous préférons le système suisse, car s'il est vrai que dans bien des cas les parents s'empresseront de reconnaître leurs enfants naturels sans autre désir que de jouir de leurs biens, les juges pourront aussi rencontrer des parents animés de sentiments plus nobles envers leur descendance naturelle. D'autre part, il est injuste de ne pas établir la réciprocité entre les droits des parents et ceux des enfants. Or, non seulement les parents veillent sur la personne de l'enfant naturel et administrent ses biens en bon père de famille, mais aussi, à leur mort, cet enfant recueille une partie ou même la totalité de leur succession.

Le Code brésilien ne donne pas une solution aussi rigoureuse que les Codes espagnol et portugais. Il soustrait seulement à l'usufruit légal les biens acquis par l'enfant avant sa reconnaissance (art. 391, al. 1 du C. C.).

En Allemagne, quoique l'enfant naturel soit assimilé

à l'enfant légitime à l'égard de sa mère, on a refusé la jouissance légale à la mère naturelle que l'on considère comme peu économe et très légère. On n'a pas voulu, d'autre part, qu'elle pût retirer un bénéfice d'une faute qu'elle a commise (Motif, t. IV, p. 862).

Les législations qui n'accordent aux enfants naturels aucun droit sur la succession de leurs parents, refusent en général à ceux-ci le droit de jouissance légale sur les biens de leurs enfants.

C'est ainsi qu'en Angleterre, où l'enfant naturel ne succède à sa mère elle-même que s'il n'y a pas d'enfant légitime, aucun de ses parents n'a le droit de jouissance légale sur ses biens (30).

Remarquons, cependant, qu'en droit anglais, les parents légitimes eux-mêmes n'ont pas ce droit sur les biens de leurs enfants légitimes (31). Les frais d'entretien et d'instruction de l'enfant ne sont même pas prélevés sur ses propres revenus, sauf si les parents n'ont pas les ressources suffisantes pour y pourvoir (32).

b) *Droit d'administration légale.* — Toutes les législations sont d'avis d'attribuer l'administration légale des biens des enfants naturels aux parents exerçant la puissance paternelle. Mais les législateurs ont cru devoir protéger l'enfant naturel par certaines conditions, car le contrôle réciproque qu'exercent le père et la mère légitimes n'existe pas entre les parents naturels, même lorsqu'ils ont tous les deux reconnu l'enfant, car ils restent,

(30) Lehr, op. cit., n° 196, p. 118; A. Curti, op. cit., p. 101.

(31) Lehr, op. loc. cit.

(32) A. Curti, op. loc. cit.

à l'égard l'un de l'autre, juridiquement étrangers. C'est ainsi, qu'en France, l'administration légale proprement dite, n'existe pas comme un attribut de la puissance paternelle des parents naturels. C'est en qualité de tuteur légal et sous le contrôle d'un subrogé-tuteur nommé dans les trois mois de l'entrée en fonctions, que le titulaire de la puissance paternelle administre les biens de l'enfant (art. 383 et 389, C. C.). Au Portugal, les droits de l'administrateur légal sont strictement limités (art. 150 à 152 et 274, C. C.). En Espagne, il est tenu de fournir une caution (art. 166 C. C.). En Suisse, c'est l'autorité tutélaire qui déterminera l'étendue du droit d'administration légale (art. 327, C. C.). Par contre, au Vénézuéla, où la mère seule peut avoir la puissance paternelle sur son enfant naturel (art. 284, C. C.) — conséquence du principe de l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime à l'égard de la mère (art. 241, C. C.) — l'administration légale est exercée par elle dans les mêmes conditions que pour l'enfant légitime. Le Code civil brésilien adopte ici, comme pour la jouissance légale, un système original. L'administration légale n'est refusée aux parents exerçant la puissance paternelle, que pour les biens acquis par l'enfant avant sa reconnaissance.

En Angleterre et en Allemagne, où l'enfant naturel n'est pas soumis à la puissance paternelle, l'administration légale n'est pas accordée aux parents (33).

(33) Lehr, *op. cit.*, n° 196 ; A. Curti, *op. cit.*, p. 101.

SECTION II

TUTELLE

Un second moyen de protection de l'enfant naturel, à défaut de puissance paternelle, est la tutelle qui a aussi pour objet de veiller sur la personne et les biens de l'enfant.

Dans la majorité des législations, la tutelle des enfants naturels est en principe règlementée par les mêmes dispositions que celle des enfants légitimes. Aussi, nous tâcherons de nous borner à mettre en relief les particularités de la tutelle des enfants naturels, car ce serait nous écarter de notre sujet que d'aborder l'étude large du système tutélaire. Ces particularités sont la conséquence directe d'autres institutions qui établissent des différences sensibles entre l'enfant naturel et l'enfant légitime.

C'est ainsi qu'en Suisse et au Brésil, où la filiation naturelle légalement reconnu, produit les mêmes effets que la filiation légitime, les règles qui gouvernent la tutelle sont les mêmes pour les enfants naturels que pour les enfants légitimes. Par contre, en France, où l'enfant naturel est l'enfant sans famille, car sa parenté se limite à ses père et mère, les dispositions de la tutelle ne lui sont pas toutes applicables, par exemple il ne peut pas avoir un Conseil de famille.

§ I. — CAUSES D'OUVERTURE DE LA TUTELLE

Toutes les législations considèrent comme causes d'ouverture de la tutelle, la mort de l'un ou des deux parents,

leur absence et leur déchéance de la puissance paternelle (34). Dans les législations qui assimilent les effets de la filiation naturelle dûment établie à ceux de la filiation légitime, ces causes sont les mêmes pour les deux filiations.

Tel est l'avis du Code civil brésilien qui parle de la tutelle des mineurs sans faire de distinction entre les enfants légitimes et les enfants naturels. Le Code civil suisse, art. 368, et le Code civil espagnol, art. 199 (quoique ce dernier n'assimile pas les effets des deux filiations), admettent aussi les mêmes causes d'ouverture de tutelle, pour l'enfant légitime et pour l'enfant naturel. Ils déclarent que doit entrer en tutelle tout enfant non soumis à la puissance paternelle. Dans ces législations la puissance paternelle et la tutelle sont incompatibles. Elles ne peuvent pas coexister.

Par contre, dans les législations où la condition juridique de l'enfant naturel n'est pas identique avec celle de l'enfant légitime, les causes d'ouverture de la tutelle ne sont pas les mêmes pour les deux filiations. C'est ainsi que le Code civil français, art. 389, impose l'ouverture de la tutelle de l'enfant naturel dès qu'il acquiert des biens. D'autres législations mettent en tutelle l'enfant naturel dès sa naissance parce qu'il ne tombe pas sous la puissance paternelle. Telle est la règle qu'applique le Code civil allemand (art. 1173 et 1774) et le Code

(34) En Espagne, le C. C., art. 199, au Brésil, C. C., art. 406, au Vénézuéla, C. C., art. 328; en Allemagne, C. C., art. 1773, et en Suisse, C. C., art. 368, il faut que les deux parents soient morts absents ou déchus de la puissance paternelle. En France, au contraire, il suffit que l'un des deux soit mort.

civil vénézuélien, lorsque l'enfant n'a été reconnu que par son père, ou lorsque la mère, l'ayant reconnu, est morte ou déchue de la puissance paternelle, que seule elle peut exercer (art. 338 et 284).

§ 2. — DIVERSES ESPÈCES DE TUTELLE

Selon le mode de nomination du tuteur, la tutelle peut-être testamentaire, légale ou dative.

a) Tutelle testamentaire. — C'est la tutelle déférée par le père ou la mère qui ont le droit de choisir un tuteur à leur enfant. Toutes les législations qui reconnaissent ce droit aux parents légitimes l'accordent aussi aux parents naturels. Sous l'empire du Code civil français, l'opinion dominante refusait au survivant des père et mère de l'enfant naturel le droit de donner à celui-ci un tuteur testamentaire (35). Mais la loi du 2 juillet 1907 (art. 389 du C. C.), déclarant que seuls seraient inapplicables à la tutelle des enfants naturels les articles 394 et 402 à 416, l'a soumise par là même à toutes les autres dispositions. Il faut donc appliquer aux enfants naturels les art. 397 à 401, relatifs à la tutelle testamentaire.

En droit vénézuélien, la mère en premier lieu, si elle a la puissance paternelle, a le droit de nommer un tuteur à ses enfants naturels. A défaut de la mère ayant la puissance paternelle, le père naturel, qui est alors tuteur de plein droit, a la faculté de faire cette nomination (art. 338 et son renvoi à l'art. 332).

(35) Demolombe, op. cit., t. VIII, n° 386; Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 1817; Contrà-Aubry et Rau, t. IX, § 571, p. 315, note 17.

Dans le Code civil espagnol, le droit de nommer un tuteur testamentaire est donné aux père et mère de l'enfant (art. 206), et dans le Code civil brésilien, il est accordé en outre à l'aïeul paternel et à l'aïeul maternel (art. 407 (36)).

Cependant, certaines différences entre la tutelle des enfants naturels et celle des enfants légitimes s'imposent dans le cas où l'enfant naturel a été reconnu seulement par l'un de ses auteurs. Sans doute, celui-ci peut nommer un tuteur testamentaire à son enfant.

Mais, si après l'entrée en fonction de ce tuteur, l'autre auteur vient à reconnaître aussi son enfant, il sera par là investi de plein droit de la tutelle (selon le droit français et le droit vénézuélien), et la tutelle testamentaire sera déclarée sans effet, selon les Codes civils espagnol (art. 199), brésilien (art. 406) et vénézuélien (art. 328), qui exigent, pour que l'enfant puisse être mis en tutelle, que les deux parents soient morts, absents, ou déchus de la puissance paternelle.

Remarquons qu'en Suisse où, comme nous le verrons, la tutelle est toujours dative, la tutelle testamentaire à cependant une certaine valeur. L'art. 381, du Code civil, s'exprime ainsi : « A moins que de justes motifs ne s'y opposent, l'autorité tutélaire nomme tuteur la personne désignée par le père ou la mère ou par l'incapable.

b) Tutelle légale. — C'est la tutelle accordée par la loi à certains parents.

(36) Dans ce sens aussi, voir C. C. per., art. 307 et 308 ; C. C. Mexiq., art. 428.

La majorité des législations reconnaissent cette forme d'attribution de la tutelle.

En France, où l'admission de cette forme de tutelle était très discutée (37), la loi de 1907 est venue attribuer la tutelle légale à celui des parents qui a la puissance paternelle. Cela ressort du nouvel article 389 du Code civil qui déclare que « celui des parents naturels qui exercera la puissance paternelle n'administrera toutefois les biens de son enfant mineur qu'en qualité de tuteur légal ». Cette innovation fut justifiée par M. Théodore Girard, rapporteur de la loi de 1907 au Sénat, en ces termes : « Il apparaît, en effet, à tous que les père et mère naturels qui ont reconnu leur enfant, qui lui ont ainsi donné une preuve d'attachement et d'affection, que l'on ne saurait méconnaître, sont, comme les père et mère légitimes, les protecteurs tout indiqués et désignés, aussi bien par la nature que par la loi, des intérêts de cet enfant (38). »

En droit vénézuélien, le père naturel devient tuteur de plein droit si l'enfant n'est pas soumis à la puissance paternelle de sa mère (art. 338, C. C.).

Dans d'autres législations où l'enfant trouve une place dans la famille de ses parents, telle que la législation brésilienne, la tutelle échoit aux ascendants du mineur,

(37) Dans le sens de l'affirmative, Loiseau, op. cit., p. 53 ; Delvincourt, t. I, p. 107, note 1 ; Aubry et Rau, t. IX, paragr. 571, p. 313, note 12 ; Cass, requ., 22 déc. 1874. D. 75-1-316 ; Paris, 9 novembre 1893. D. 95-2-498. S. 01-2-105 ; Contrà Richefort, Etat de famille légitime et naturelle, t. II, n° 275 ; Duranton, op. cit., t. III, n° 431 ; Marcadé, op. cit., t. II, n° 180 ; Demante, op. cit., t. II, n° 133 *bis* ; Demolombe, op. cit., t. VIII, n° 384 ; Planiol, t. I, n° 1816 ; Cass, 16 nov. 1898. D. 99-1-218. S. 99-1-24 ; Nancy, 25 nov. 1905. D. 06-2-260.

(38) Jour. Off., Sénat, 1902, p. 824.

aux frères et sœurs, aux oncles et tantes (art. 409 du Code civil).

Par contre, dans les législations française et espagnole, où l'enfant n'a pas de lien de parenté avec la famille de ses père et mère, la tutelle légale n'est confiée qu'au père ou à la mère. L'art. 211 *in fine*, du Code civil espagnol le déclare d'une manière expresse (39). Cependant, au Vénézuéla, où l'enfant naturel jouit à l'égard de sa mère et des parents de celle-ci, de la même condition juridique que l'enfant légitime, nous pensons qu'un des aïeuls maternels devrait être, après la mort de la mère, nommé de plein droit tuteur de l'enfant naturel, puisque l'article 336 du Code civil proclame ce droit pour les aïeuls légitimes. Mais l'article 339 s'y oppose, en déclarant qu'à défaut de père et mère naturels, le juge, après avoir écouté le conseil de tutelle, nommera un tuteur au mineur.

Le Code civil allemand, art. 1776, al. 4^e, dispose que le grand-père maternel est appelé à être tuteur. Il a même le droit, au cas où il serait écarté sans juste motif, de se pourvoir contre la sentence du juge devant le *Landgericht*. Par contre, la mère, bien que pouvant être nommée tutrice, ne l'est pas de plein droit (art. 1778, al. 3).

En Suisse, personne n'a la tutelle de plein droit. Toutefois, l'autorité tutélaire nomme de préférence, à moins

(39) Art. 211 *in fine* : « La tutelle dont il est question dans cet article ne s'applique pas aux enfants illégitimes. » Le terme enfants illégitimes comprend non seulement les enfants adultérins, incestueux et sacrilèges, mais aussi les enfants naturels simples. Dans ce sens, Mauresa, *op. cit.*, t. II, p. 176 ; Sanchez Roman, *op. cit.*, tome V, vol. II, p. 1334 ; Valverde y Valverde, *op. cit.*, t. IV, p. 582 ; Contrà, De Buen, *op. cit.*, p. 170.

que de justes motifs ne s'y opposent, les proches parents, les alliés, ou le conjoint de l'incapable (art. 380, Code civil).

c) *Tutelle dative*. — A défaut de tuteur légal ou testamentaire toutes les législations prévoient la nomination d'un autre tuteur. Il y a là une nécessité impérieuse. Mais qui doit désigner ce tuteur ? En France, avant la loi du 2 juillet 1907, c'était le Conseil de famille. Mais, aujourd'hui, c'est le Tribunal de première instance (art. 389), car l'enfant naturel n'a pas de famille. De même au Brésil (art. 410 Code civil) et au Vénézuéla (art. 337, Code civil) le juge a seul le droit de faire cette nomination. En Espagne, au contraire, c'est le Conseil de famille (art. 200, Code civil).

En Allemagne, seul le grand père maternel est appelé par la loi à la tutelle, mais s'il est mort, déchu ou incapable, le Tribunal des tutelles, *Vormundschaftsgericht*, choisit le tuteur après avoir entendu le Conseil communal des orphelins, *Gemeindewaisenrath*.

En Suisse, il n'y a que la tutelle dative déférée par l'autorité tutélaire. Le tuteur est nommé d'office. C'est ainsi que l'art 368, al. 2, déclare que : « les officiers de l'état civil et les autorités administratives et judiciaires sont tenus de signaler sans délai à l'autorité compétente tout cas de tutelle qui parvient à leur connaissance dans l'exercice de leurs fonctions ».

§ 3. — ORGANES DE LA TUTELLE

De même que la tutelle des enfants légitimes, celle des enfants naturels comprend trois organes essentiels.

a) *Tuteur*. — Hormis ce que nous venons de dire quant à sa désignation, le tuteur de l'enfant naturel se trouve soumis aux mêmes règles que le tuteur de l'enfant légitime. Les excuses, les incapacités, les exclusions, le rôle et la responsabilité sont les mêmes pour tout tuteur. Une seule différence a été établie en France par la loi de 1907. Elle consiste en l'obligation pour la mère naturelle d'accepter la tutelle, car l'article 394 qui en dispense la mère légitime n'est point applicable à la tutelle des enfants naturels.

b) *Subrogé tuteur*. — A côté du tuteur, la loi place un organe de contrôle : le subrogé tuteur qui est soumis aux mêmes règles que le subrogé tuteur d'enfant légitime. Il est nommé par le Tribunal qui, depuis la loi du 2 juillet 1907, remplace le Conseil de famille. Cependant, il faut remarquer que dans le cas de tutelle légale, le parent investi de la tutelle devra provoquer sa nomination sous peine de se voir refuser le droit de jouissance légale des biens de son enfant jusqu'au jour de cette nomination, si elle n'a pas eu lieu dans les trois mois de l'ouverture de la tutelle (art. 389, Code civil). Autrement le Tribunal procédera à la nomination du subrogé tuteur, soit à la requête de l'autre parent ou du ministère public, soit d'office. Ici, nous constatons qu'une faveur est faite au tuteur de l'enfant naturel qui jouit d'un délai de trois mois pour provoquer la nomination du subrogé tuteur, tandis que le tuteur de l'enfant légitime ne peut entrer en fonction avant la désignation du subrogé tuteur. D'autre part, la condition imposée par le Code civil français dans son

art. 423, à savoir, que le subrogé tuteur doit être pris hors le cas de frères germains, dans celle des deux branches à laquelle le tuteur n'appartient point, n'est pas applicable au subrogé tuteur des enfants naturels dont les seuls parents sont le père et la mère qui les ont reconnus.

Quant aux législations vénézuélienne et espagnole où le subrogé tuteur est connu sous le nom de protuteur (*protutor*) elles ne font point de différence entre le protuteur d'un enfant légitime et celui d'un enfant naturel. Ils sont soumis à des règles communes. Aussi, ils peuvent être nommés par le père ou la mère. (Code civil vénézuélien, art. 332, Code civil espagnol, art. 206.)

En Allemagne, en Suisse et au Brésil, l'intervention d'un subrogé tuteur spécial n'a pas été considérée comme nécessaire et ses fonctions sont exercées par le juge, autorité tutélaire.

c) *Tribunal*. — La loi du 2 juillet 1907 a donné au Tribunal le rôle que tient le Conseil de famille, car la loi ne permet pas à l'enfant naturel d'avoir une famille. Dans la tutelle de l'enfant légitime l'art. 389 du Code civil dispose que : « les fonctions dévolues au Conseil de famille des enfants légitimes sont remplies à l'égard des enfants naturels par le Tribunal de première instance du lieu du domicile légal du parent investi de la tutelle au moment où il a reconnu son enfant, et du Tribunal du lieu de la résidence de l'enfant s'il n'est pas reconnu. » Le même article déclare en outre, inapplicables les art. 405 à 416, relatifs à l'organisation et au fonctionnement du Conseil de famille. C'est donc le

Tribunal qui, pour l'enfant naturel, remplacera le Conseil de famille et le texte précise quel Tribunal sera compétent : « celui du domicile légal du parent investi de la tutelle au moment où il a reconnu son enfant » (art. 389).

Cela suppose que l'enfant possède des biens du vivant de ses parents. Mais si la tutelle ne s'ouvre qu'après la mort des parents, quel sera le Tribunal compétent ? Devant le silence de la loi, on est obligé d'adopter ici, par analogie, la solution donnée pour l'enfant non reconnu : le Tribunal compétent sera celui du lieu de résidence de l'enfant. (Art. 389) (40).

D'autre part, il se peut aussi que, l'enfant n'ayant pas été reconnu, on ait procédé à la nomination d'un tuteur. Le Tribunal compétent dans ce cas sera celui du lieu de résidence de l'enfant. Mais si ensuite, il vient à être reconnu, l'auteur de la reconnaissance, devenant par là même tuteur légal, le Tribunal compétent sera celui du domicile légal de ce parent. Et de même, si le Tribunal accorde la puissance paternelle au second auteur qui vient à reconnaître l'enfant et, par là, enlève la tutelle légale à l'autre.

Comment statue le Tribunal ?

« Le Tribunal statue en Chambre du Conseil » (article 389), qu'il s'agisse d'un acte de juridiction gracieuse ou d'un acte de juridiction contentieuse. La décision du Tribunal doit être tenue secrète.

Peut-on attaquer les décisions du Tribunal ? Toutes les fois que la loi accorde un recours contre les délibé-

(40) Baudry Lacantinerie et Chéneaux, t. V, n° 669.

rations du Conseil de famille, ce recours est aussi accordé contre les décisions du Tribunal de première instance; il est porté devant la Cour d'appel qui statue elle-même en Chambre du Conseil. C'est la conséquence logique de la nouvelle loi qui applique à la tutelle des enfants naturels toutes les dispositions du titre de la tutelle.

En Espagne, où la loi considère les enfants naturels comme ne faisant pas partie de la famille du père et de la mère qui l'ont reconnu, on accordait à ces enfants un Conseil de tutelle au lieu d'un Conseil de famille. Mais le Code civil de 1889 a assimilé les enfants naturels aux enfants légitimes quant à l'organisation de la tutelle. C'est ainsi que son article 302 déclare que le Conseil des enfants naturels sera constitué selon les mêmes règles que celui des enfants légitimes (41).

Au Vénézuéla, c'est un Conseil de tutelle qui remplace le Conseil de famille. De même que la tutelle des enfants légitimes, celles des enfants naturels doit être munie de cet organe. Le Conseil de tutelle est composé des quatre plus proches parents du mineur et, à défaut de ceux-ci, le Tribunal appelle des personnes majeures jouissant d'une bonne renommée. Faisons remarquer que le Conseil de tutelle n'est pas établi de façon permanente. Le juge le constitue toutes les fois qu'il est nécessaire.

Au Brésil, le Conseil de famille n'existe pas, même pour la tutelle des enfants légitimes. C'est le juge qui

(41) Voir pour la constitution du Conseil de tutelle, l'art. 294 C. C.

veille à la bonne gestion du tuteur. (Art. 422 du Code civil.)

En Allemagne, le Conseil de famille « familienrath », qui ne fonctionne que pour la tutelle des enfants légitimes dans des cas exceptionnels (art. 1858, Code civil), n'existe pas pour les enfants naturels. Le tuteur est assisté du Conseil communal des orphelins, le Gemeindegewaisenrath, et surveillé par le Tribunal des tutelles.

En Suisse, d'une façon générale, l'autorité tutélaire seule coopère avec le tuteur. Il y a cependant, dans certains cas que prévoit l'art. 362, un Conseil de famille.

TITRE II

Effets indépendants de l'âge de l'enfant

CHAPITRE PREMIER

NOM

Nous ne prétendons pas faire ici une étude sur la nature juridique du nom. Les avis étant partagés, il nous suffira de dire que les uns considèrent le nom comme l'objet d'un droit de propriété (1); d'autres comme une institution de police civile (2); que d'autres, enfin, croient voir dans le nom un signe extérieur de la filiation (3). Cela dit, passons à l'objet de notre étude qui est de savoir quel nom doit porter l'enfant naturel reconnu.

En droit français, spécialement, une distinction s'impose selon que l'enfant a été reconnu par l'un de ses parents ou par les deux. Dans le premier cas la solution est facile, c'est le nom de celui qui l'a reconnu que l'enfant portera. Au cas de reconnaissances conjointe, c'est le nom du père que l'enfant doit prendre. Cependant, on a fait une distinction entre les reconnaissances simultanées et les reconnaissances successives. Pour les premières tout le monde est d'accord; c'est le nom du père

(1) Cass., 16 mars 1841. D. 41-1-210 ; Paris, 16 mai 1900. D. 02-2-174; Cass. civ., 25 oct. 1911. D. 1912-1-208. S. 12-1-95.

(2) Planiol et Ripert, *op. cit.*, t. I, n° 398.

(3) Colin et Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 360-361.

que l'enfant doit porter. Mais les avis sont partagés quand il s'agit de deux reconnaissances successives.

Les uns estiment que depuis la loi du 2 juillet 1907, qui attribue la puissance paternelle à celui des deux auteurs qui a reconnu l'enfant le premier, c'est le nom de cet auteur que doit porter l'enfant et cela, même si la puissance paternelle n'appartient pas à l'auteur de la première reconnaissance parce que le Tribunal la lui a refusée (4). Nous pensons que cette solution est contraire aux intérêts de l'enfant, qui pourra ainsi parfois se trouver obligé de porter le nom de sa mère manifestant sa filiation illégitime.

Les Codes civils vénézuélien et suisse décident que l'enfant doit porter le nom du père même si la maternité a été établie avant la paternité. En effet, l'art. 237 du Code civil vénézuélien déclare que l'enfant naturel prend le nom du père ou de la mère qui l'a reconnu, ou celui du père s'il a été reconnu par les deux. Peu importe que ce soit la mère qui l'ait reconnu la première. La loi ne faisant pas de distinction, c'est toujours le nom du père que l'enfant doit porter.

Le Code civil suisse, dans son article 324, dispose que les enfants naturels qui restent à leur mère portent son nom de famille. L'enfant ne pourra donc prendre que le nom de jeune fille de sa mère, ce qui, d'ailleurs, ressort clairement du texte italien qui emploie les mots « *cognome di nascita* ». C'est ainsi que si la mère était veuve au moment de la naissance de l'enfant, celui-ci

(4) Voir Planiol et Ripert, op. cit., t. I, n° 384, p. 150. Voir aussi Savatier, dans collection Planiol et Ripert, t. I, n° 99, p. 103 ; Dijon, 6 juin 1911. S. 12-2-137.

ne pourra pas porter le nom que sa mère a acquis par le mariage (art. 161, Code civil suisse). Si la mère a changé de nom plusieurs fois, par suite d'adoption ou de légitimation par exemple, l'enfant portera le nom que la mère avait à l'époque de la naissance si elle est célibataire, ou le dernier nom qu'elle portait avant son mariage si elle est veuve ou divorcée.

Tout cela suppose que l'enfant est resté à la mère et que la paternité n'a pas été déclarée par un jugement ou établie par une reconnaissance. Mais si la paternité a été constatée par l'un de ces deux moyens, l'enfant perd le nom de sa mère et acquiert celui du père (art. 325 Code civil suisse). Peu importe que la puissance paternelle soit conférée à la mère. C'est toujours le nom de famille de son père que l'enfant doit prendre, pourvu que la paternité soit déterminée par un jugement déclaratif ou par une reconnaissance volontaire. L'enfant a non seulement le droit de porter le nom de son père, mais aussi le devoir. Il ne peut pas y renoncer, car l'article 325 est d'ordre public (4 *bis*).

Toutefois, l'enfant devenu majeur peut changer de nom.

Au Brésil, l'enfant porte le nom de l'auteur qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par son père et sa mère, c'est le nom du père que l'enfant doit prendre, car c'est le père qui a la puissance paternelle (argument, art. 383, Code civil brésilien).

L'enfant naturel, dans le Code civil espagnol, porte le nom de celui qui l'a reconnu (art. 134, al. 1). Dans le

(4 *bis*) Robest, op. cit., p. 369.

cas de reconnaissance successive ou simultanée, c'est le nom du père qu'il doit porter (5).

En droit allemand, l'enfant illégitime étant un étranger à l'égard de son père (art. 1589, Code civil), il ne peut point porter le nom de cet homme même si celui-ci y consent, car la transmission du nom ne dépend pas de la volonté de celui qui le porte.

Seule la légitimation de l'enfant par le mariage subséquent de ses parents, lui donne le nom de son père. C'est pour cela que l'article 1706 du Code civil allemand déclare que « l'enfant reçoit le nom de famille de sa mère ». Il eut été mieux de dire le « nom de jeune fille » au lieu du « nom de famille de la mère », car c'est le nom de jeune fille que la mère avait à l'époque de l'accouchement que l'enfant doit porter (6).

Cependant, pour éviter la honte de l'irrégularité de la naissance, la loi, dans certains cas (art. 1706, al. 2), autorise le mari à donner son nom à l'enfant naturel de sa femme.

Le mari doit déclarer sa volonté devant l'autorité compétente (Amtsgericht ou l'officier de l'état civil), et obtenir, sous forme authentique, le consentement de sa femme et de l'enfant. Si la mère est décédée le consentement de l'enfant suffit (7). Si l'enfant est incapable (art. 104 et 106), son représentant légal pourra, indépendamment du Tribunal des tutelles, donner son con-

(5) Dans ce sens, Demofilo de Buen, *op. cit.*, t. I, p. 726.

(6) Robert, *op. cit.*, p. 109.

(7) Standinger, *ad.* 1706, note 4, Planck *ad.* 1706, n° 3. Contra Brettner, qui juge que dans ce cas, le don du nom est impossible; cités d'après Lhospied, *op. cit.*, p. 569.

sentement (8). Même désavoué ensuite par le mari, l'enfant peut bénéficier de l'article 706 (9), mais bien entendu, à la condition que les formalités exigées par la loi soient accomplies. Le caractère d'enfant illégitime est effacé pour la société, par le fait de ce qu'il porte le nom du mari de sa mère : on tiendra l'enfant pour fils de cet homme.

C'est pour cela qu'une fois que l'enfant a acquis le droit de porter le nom du mari de sa mère, il ne peut plus changer de nom, même si sa mère, devenant veuve ou divorcée, se remarie, car le but du législateur étant atteint, un changement de nom devient inutile.

En Angleterre, l'enfant naturel « *Filius nullius* », ne reçoit le nom de sa mère que pour simplifier l'état civil (10). Mais si la mère et le père, d'un commun accord, déclarent devant l'officier de l'état civil leur désir de donner à leur enfant le nom de l'homme qui se reconnaît comme son père, c'est ce nom que l'on inscrit dans l'acte et que porte l'enfant (11).

(8) Robert, op. cit., p. 111 et les auteurs cités.

(9) Robert, op. cit., p. 112 et les auteurs cités.

(10) Curti, op. cit., p. 45, I.

(11) Lehr, p. 15, op. cit.

CHAPITRE II

OBLIGATION ALIMENTAIRE

SECTION I

Législations qui ne font pas de distinction entre la paternité et la maternité

(France, Espagne, Suisse et Brésil)

En France, la dette alimentaire de l'art. 205 est présentée comme l'un des effets du mariage. Cependant, la doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont d'accord pour étendre cette obligation aux père et mère des enfants illégitimes.

On invoque les articles 762 et suivants qui obligent la succession des père et mère adultérins ou incestueux à fournir des aliments à leurs enfants. Ce texte, dit-on, reconnaît par là même que les père et mère sont tenus de leur vivant de la même obligation. Et si la loi donne

(1) Loiseau, op. cit., p. 552 à 557 et 750 ; Aubry et Rau, op. cit., t. IX, § 571, p. 317, note 22, § 572, p. 329, note 28 ; Demolombe, op. cit., t. IV, n° 17 et XIV, n° 127 ; Demante, op. cit., t. I, 284 bis ; II. Proudhon, op. cit., t. II, p. 160 ; Toullier, t. II, n° 976 ; Duranton, op. cit., t. II, n° 377 ; Delvincourt, t. I, p. 91, note 9 ; Marcadé, t. I, art. 205, I, n° 709 ; Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 664.

(2) Req. rej., 13 juil. 1886. S. 87-1-65 ; Bordeaux, 22 fév. 1851. S. 51-2-494. D. 51-2-197.

ce droit aux enfants adultérins et incestueux, à plus forte raison l'accorde-t-elle aux enfants naturels simples.

En outre, on a allégué que cette obligation dérive du droit naturel (3).

Mais, est-ce que les enfants illégitimes sont tenus de la même obligation envers leurs père et mère ?

A nous en tenir à l'art. 765, nous sommes tentés de croire que ce texte, n'accordant aux père et mère des enfants naturels qu'un droit héréditaire, leur a refusé implicitement tout droit aux aliments.

D'autre part, le silence gardé par la loi nous fait penser qu'elle n'a pas voulu que les parents trouvassent chez leurs enfants naturels, comme conséquence de leur faute, un droit alimentaire.

Mais, contre ces arguments on peut invoquer le caractère de l'obligation alimentaire qui est d'être réciproque. Cependant, il y a deux cas où la réciprocité n'existe pas : entre donateur et donataire, entre gendre et belle-mère. Mais il a fallu pour cela des dispositions expresses de la loi. La jurisprudence (4) et la doctrine (5) sont dans ce sens.

Les ascendants autres que le père et la mère étant des étrangers à l'égard de l'enfant naturel ne sont pas tenus de l'obligation alimentaire et réciproquement (6).

(3) Toullier, op. loc. cit.

(4) Toulouse, 25 juil. 1863. D. 63-2-139.

(5) Aubry et Rau. op. cit., t. IX, § 572, p. 332, note 39 ; Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 664 ; Colin et Capitant, op. cit., I, p. 369.

(6) Demolombe, IV, n° 20 ; Duranton, II, n° 379 ; Laurent, III, n° 62 ; Baudry Lacantinerie, Houques-Fourcade, 3^e édition, n° 2030 ; Planiol et Ripert, op. cit., I, n° 665 ; Civ. Cass., 7 juil. 1817. S. 17-1-289.

Par contre, les père et mère naturels et les descendants légitimes de leurs enfants naturels sont tenus réciproquement de cette obligation, car il existe un lien de parenté entre eux (7).

La législation espagnole, sur ce point, ne diffère en rien de la législation française.

L'article 143 du Code civil espagnol déclare : « Sont tenus réciproquement à se donner des aliments : 4° les père et mère et les enfants naturels ainsi que les descendants légitimes de ceux-ci ». Comme nous le voyons, la loi espagnole garde aussi comme principe que la parenté de l'enfant naturel ne s'étend pas au delà du premier degré. Peu importe que l'enfant se trouve dans le plus grand dénuement et qu'il ait des aïeuls opulents; ceux-ci ne sont pas tenus de lui fournir des aliments. Mais l'obligation alimentaire existe pour les parents naturels à l'égard des descendants légitimes de leur enfant naturel, et réciproquement.

Ces aliments comprennent pour les enfants naturels, la nourriture, l'habitation, le vêtement, l'instruction, l'éducation et les frais médicaux, en rapport avec la position sociale de la famille (art. 142).

Quant aux enfants adultérins, incestueux ou sacrilèges, ils n'ont droit qu'à ce qui est strictement nécessaire à la vie (art. 143, § 2).

Des Codes civil brésilien et suisse il nous suffira de dire qu'ils n'établissent pas de différence pour l'obligation alimentaire entre les enfants naturels et les enfants légitimes.

(7) Demolombe, op. cit., IV, n° 21 ; Baudry Lacantinerie et Houques-Fourcade, 3° édit., n° 2031. Contrà Laurent, op. cit., III, n° 63.

SECTION II

Législations qui font une distinction entre la paternité et la maternité

(*Allemagne et Vénézuéla*)

§ I. — A L'ÉGARD DE LA MÈRE

Dans les législations allemande et vénézuélienne, l'enfant naturel a la même condition que l'enfant légitime à l'égard de sa mère et de ses parents maternels (article 1705, C. C. A. et 241, C. C. vénézuélien).

Il s'ensuit que l'obligation alimentaire existe réciproquement, entre la mère, ses parents et l'enfant naturel. Nous n'en précisons pas les détails, car elle est la même qu'entre ascendants et descendants légitimes. Il nous suffit de renvoyer aux articles 1601 à 1615 du Code civil allemand et aux articles 308 à 326 du Code civil vénézuélien.

Toutefois, il faut dire que si la mère se marie avec un homme autre que le père de l'enfant, la pension alimentaire est cependant payée sans récompense par les biens de la communauté. Ainsi, le père supportera la moitié de la dette alimentaire. Peu importe que les époux soient mariés sous le régime de communauté universelle (article 1437 C. C. all.; art. 1466 et 1487, 5°, C. C. vénézuélien) de la communauté d'acquêts (art. 1519 et s. C. C. allemand) ou de communauté de meubles et acquêts (art. 1549 et suiv. C. C. A.). Sous le régime légal des biens (*Verwaltungsgemeinschaft*, art. 1363 et suiv.), le patri-

moine du mari est aussi grevé lorsque les biens de la mère sont insuffisants.

Par contre, de même qu'un enfant légitime, l'enfant naturel n'est pas, en retour, obligé envers son parâtre.

Remarquons en terminant, qu'en droit allemand, lorsque le père est condamné à la dette alimentaire, dans le cas de présomption de paternité, la mère et ses parents maternels sont déchargés de l'obligation alimentaire tant que le père peut subvenir aux besoins de l'enfant, ou tant que l'enfant ne se trouve pas dans le besoin, comme conséquence d'une transaction intervenue entre son père et lui, soit pour toute autre raison.

§ II. — A L'ÉGARD DU PÈRE

Pour le droit allemand, nous renvoyons à la dette alimentaire résultant de la présomption de paternité, ci-dessus étudiée.

Le Code civil vénézuélien impose la dette alimentaire réciproque au père et à l'enfant naturel légalement reconnu (art. 308). Mais il faut remarquer cette particularité que l'obligation alimentaire passe aux ascendants et aux enfants naturels, lorsque le père n'a pas les moyens suffisants pour s'en acquitter envers ses ascendants ou envers ses enfants; chose curieuse, si l'on pense qu'en droit vénézuélien, pour l'enfant, le lien de parenté lui permettant de succéder s'arrête au premier degré.

Toutefois, les enfants légitimes sont tenus de fournir les aliments avant les enfants naturels, qui ne sont donc obligés qu'à défaut d'enfants légitimes (art. 310, al. 2).

Mais, par une juste compensation, les enfants naturels

ne peuvent réclamer des aliments que si, ce faisant, ils ne portent pas atteinte aux droits des enfants légitimes (art. 320).

Nous voyons que le Code civil vénézuélien traite l'enfant naturel quant à l'obligation alimentaire comme l'enfant légitime, accordant toutefois à celui-ci un droit de priorité, mais seulement dans la ligne paternelle.

CHAPITRE III

DES SUCCESSIONS

SECTION I

SUCCESSION AB-INTESTAT

§ 1^{er}. — DROIT DE SUCCESSION DE L'ENFANT NATUREL

La conséquence la plus importante du lien de filiation est le droit de succession. On peut dire qu'il suffit de considérer les droits successoraux de l'enfant naturel, pour se rendre compte de sa condition juridique. Si le droit successoral est un droit naturel, rien ne peut justifier l'infériorité de l'enfant naturel sous ce rapport. Mais si c'est un droit issu de la volonté du législateur, on peut comprendre la situation particulière qui est faite à cet enfant.

On peut dire que dans l'opinion générale, le droit successoral est un droit créé par la loi (1).

Le Code civil français le considère comme un droit légal. « Vainement réclame-t-on en leur faveur les droits de la nature ; la successibilité n'est point un droit naturel : ce n'est qu'un droit social qui est entièrement réglé par la loi politique ou civil et qui ne doit point contrarier les autres institutions sociales (2). » Ce n'est pas même

(1) Voir sur ce point le cours professé par Levy-Ullmann, à la Faculté de Droit de Paris, année 1928-29.

(2) Discours préliminaire, Fénét, I, p. 522.

un droit de cité, mais un droit de famille, qui ne peut avoir comme titulaire que des membres de la famille et non de la cité.

Quant à la détermination des droits successoraux de l'enfant naturel, les législations diffèrent entre elles. Les unes ne font pas de distinction entre la filiation paternelle et la filiation maternelle. Les Codes civils espagnol, français et brésilien accordent les mêmes droits à l'enfant naturel, qu'il s'agisse de la succession paternelle ou de la succession maternelle.

D'autres, comme les législations suisse, allemande et vénézuélienne, accordent à l'enfant, sur la succession de sa mère, des droits beaucoup plus étendus que sur la succession de son père, l'assimilant même à l'enfant légitime à l'égard de la mère.

Il faut remarquer aussi que si quelques codes ont admis la même conception de l'égalité des droits de la filiation paternelle ou de la filiation maternelle, ils n'ont pas adopté la même mesure quant à l'étendue des droits accordés à l'enfant naturel.

A. — LÉGISLATIONS ADMETTANT L'ÉGALITÉ
DES DROITS SUCCESSOR AUX DE L'ENFANT
NATUREL DANS LES DEUX SUCCESSIONS,
PATERNELLE ET MATERNELLE

(France, Espagne, Brésil)

En général, les législations qui adoptent ce système (française, espagnole et brésilienne) accordent à l'enfant naturel des droits successoraux inférieurs à ceux de l'enfant légitime. Seul le Code civil brésilien, parmi ceux

que nous étudions, attribue à l'enfant naturel les mêmes droits qu'à l'enfant légitime (art. 1605). Aussi, pour cette partie de notre étude, nous laisserons de côté le Code civil brésilien. Toutefois, il faut remarquer que, « s'il y a un enfant légitime ou légitimé, l'enfant naturel reconnu pendant le mariage (art. 358) n'a droit qu'à la moitié seulement de la part qui échoit au premier dans la succession » (art. 1605, al. 2, C. C. B.).

Par contre, le Code civil français et le Code civil espagnol établissent une différence sensible entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Nous allons la constater dans les diverses hypothèses prévues par la loi.

a) *Concours de l'enfant naturel avec des descendants légitimes.* — En *Espagne*, les enfants naturels sont exclus de la succession de leurs parents quand ceux-ci laissent des descendants légitimes, cela ressort de l'article 939 du Code civil, qui appelle l'enfant à la succession *ab-intestat* à défaut de descendants et d'ascendants. Toutefois, il faut remarquer que si comme héritiers *ab-intestat* ils n'ont aucun droit, ils sont cependant des héritiers réservataires et en cette qualité, ils ont droit, même dans la succession *ab-intestat*, à la réserve fixée par la loi (articles 840, 841, 942, C. c.).

Par contre, dans le Code civil français, les enfants naturels viennent en concours avec les descendants légitimes. Son article 758, al. 2, déclare que dans ce cas, la quote-part de l'enfant naturel est de la moitié de la portion héréditaire qu'il aurait s'il eut été légitime ». Donc, si l'on veut savoir quelle est la part d'un enfant naturel, on n'a qu'à le considérer comme légitime et lui attribuer

la moitié de sa part. C'est ainsi qu'un enfant naturel, en concurrence avec un enfant légitime, aura le quart de la succession ; en concurrence avec deux enfants légitimes, le sixième, avec trois enfants légitimes, le huitième, et ainsi de suite. Nous voyons que la proportion constante qui devait exister entre la part d'un enfant légitime et celle d'un enfant naturel, n'est pas respectée. Dans le premier cas, la proportion est de 1 à 3, puisque l'enfant légitime a les trois quarts de la succession, et l'enfant naturel le quart. Dans le second cas, la proportion est de 2 à 5, car l'enfant naturel a $\frac{2}{12}$ de la succession et chacun des deux enfants légitimes en ont les $\frac{5}{12}$. Pour trois enfants légitimes et un enfant naturel, la proportion est de 3 à 7. La quote-part de l'enfant légitime étant de $\frac{7}{24}$ et celle de l'enfant naturel de $\frac{3}{24}$. A mesure que le nombre d'enfants légitimes augmente, on tend à se rapprocher de la proportion 1 à 2, sans que jamais on puisse l'atteindre, ce qui nous montre que quand un enfant naturel vient en concours avec un ou plusieurs enfants légitimes, l'enfant légitime reçoit toujours plus du double de la part de l'enfant naturel.

Mais tout autre est la situation lorsqu'il y a plusieurs enfants naturels en concurrence avec un ou plusieurs enfants légitimes. Ici, aussi, nous allons démontrer que le législateur a établi une limite des droits des enfants naturels pour sauvegarder le patrimoine de la famille. Il a créé une réserve de la moitié en faveur de la famille, car jamais tous les enfants naturels, quel que soit leur nombre, ne pourront recevoir plus de la moitié de la succession.

Lorsqu'il n'y a qu'un enfant naturel, nous avons vu

que sa part ne pouvait être supérieure au quart de la succession. S'il y a plusieurs enfants naturels, leurs quotes-parts réunies ne peuvent pas dépasser la moitié de la succession. Divers exemples vont nous le montrer.

Deux enfants légitimes et trois enfants naturels sont en présence. La part de chaque enfant naturel étant de $1/10^e$, les enfants naturels auront les $3/10^e$ de la succession et les deux enfants légitimes les $7/10^e$, ce qui nous fait constater une proportion de 3 à 7 entre les successions recueillies par les deux filiations. Mais si nous augmentons le nombre des enfants naturels, le portant à 10 par exemple, chacun de ceux-ci aura droit à $1/24^e$ de la succession, soit en total $10/24^e$; les deux légitimes $14/24^e$. Il en résulte donc une proportion de 10 à 14. Et si nous supposons qu'il y ait 18 enfants naturels, chacun d'eux aura droit à $1/40^e$, soit au total $18/40^e$, alors que les deux enfants légitimes auront $22/40^e$ de la succession. Ce qui donne une proportion de 18 à 22.

Nous voyons par ces exemples, qu'à mesure que le nombre des enfants naturels augmente, leur quote-part individuelle diminue par rapport à celle des enfants légitimes, mais leur part totale augmente sans que jamais elle puisse dépasser la moitié de l'héritage.

C'est par ce jeu de détermination de la quote-part de l'enfant naturel, que la législation française a pu créer une nouvelle réserve au profit des enfants légitimes.

On a prétendu qu'il est injuste que la proportion de la part héréditaire des enfants naturels et de celle des enfants légitimes varie suivant le nombre de ces enfants. C'est ainsi que dans le cas où 10 enfants naturels sont en présence d'un enfant légitime, celui-ci reçoit douze

fois plus que chaque enfant naturel (2) qui ne bénéficie point des retranchements subis par ses frères et sœurs.

Si, à l'inverse, la succession comprend 10 enfants légitimes et un enfant naturel, celui-ci aura une part légèrement inférieure à la moitié de celle d'un enfant légitime.

Aussi, l'on propose divers moyens de calcul, plus ou moins ingénieux, mais qui ne sont pas en accord avec les termes de la loi. Voici l'un de ces systèmes de partage.

Supposons que la succession soit composée d'un enfant légitime et de trois enfants naturels. L'on peut supposer pour chaque enfant naturel qu'il est légitime. Il suffira de faire cette supposition pour deux enfants naturels, pour qu'il y ait trois enfants légitimes et un enfant naturel et que la part de chaque enfant naturel, au lieu d'être de $1/8^e$ soit de $17/96^e$. En effet, la part d'un enfant naturel serait de $1/8^e$, celle de trois enfants légitimes de $7/8^e$, un enfant légitime recevrait $7/24^e$. Mais comme parmi ces trois enfants dont la part est calculée comme s'ils étaient légitimes, deux sont naturels, l'un d'eux seulement considéré comme naturel, aura $7/48^e$ de la succession. La part des deux autres sera donc de $34/48^e$; mais comme de ces deux enfants supposés légitimes, l'un est naturel, sa part sera de la moitié de $17/48^e$, soit $17/96^e$. Ainsi, les trois enfants naturels prendront $51/96^e$ de la succession, et l'enfant légitime $45/96^e$.

Ce système ne tient pas compte des limites voulues par le législateur comme nous avons essayé de le démontrer, et son application se heurte, en outre, à l'article 759, qui

(2) L'enfant légitime a $12/22$; chaque enfant naturel $1/22$ de la succession.

fixe de la même façon les droits de l'enfant naturel en concours avec des ascendants ou des collatéraux privilégiés.

Supposons que deux enfants naturels recueillent la succession avec le père du de-cujus. La loi, dans ce cas, leur attribue les $\frac{3}{4}$ de ce qu'ils auraient eu s'ils avaient été légitimes. Or, d'après le système que nous venons d'exposer, on calculera qu'un enfant naturel supposé légitime, se trouvant en présence d'un enfant naturel, aurait un droit aux $\frac{3}{4}$ de la succession. Mais, comme il est en concours avec un ascendant, il ne recevrait que les $\frac{3}{4}$ des $\frac{3}{4}$ de la succession, soit les $\frac{9}{16}$ ^e. Les deux enfants naturels auraient ainsi $\frac{18}{16}$ ^e = $\frac{9}{8}$ ^e de la succession, ce qui est impossible parce qu'il surpasse de $\frac{1}{8}$ ^e la succession totale.

Dans un *second système*, on a prétendu établir une proportion entre la part des enfants légitimes et celle des enfants naturels, en calculant la part de chacun d'après celle d'un enfant naturel supposé unique (3).

La succession comprend par exemple : deux enfants légitimes et trois enfants naturels. On raisonne ainsi ; s'il y avait un seul enfant naturel en concurrence avec les deux enfants légitimes, la part d'un enfant légitime serait deux fois et demi plus grande que celle de l'enfant naturel (4). Ce qui veut dire que les deux enfants légitimes équivalent, dans le partage, à cinq enfants naturels. On divisera donc la succession entre huit

(3) Gros, *Recherches sur les droits successifs des enfants naturels*, n° 20.

(4) L'enfant naturel aurait $\frac{1}{6}$; les deux légitimes $\frac{5}{6}$; chacun $2\frac{1}{2}$.

enfants naturels et l'on attribuera cinq parts aux deux enfants légitimes, et trois parts aux trois enfants naturels.

Ce système présente aussi un gros inconvénient, dans le cas où les enfants naturels sont beaucoup plus nombreux que les enfants légitimes. Ceux-ci se verront dépouiller de presque toute la succession, alors que les ascendants et les collatéraux privilégiés, auraient droit au quart de l'héritage.

On pouvait aussi proposer un *troisième système*, en s'appuyant sur ce fait que la loi n'a jamais prévue que le cas où un seul enfant naturel et un seul enfant légitime sont en présence, car l'article 758 parle au singulier. Il semblerait que l'on doive appliquer à tous les cas la proportion établie par cet article : soit de 1 à 3. Tout enfant légitime serait compté pour trois enfants naturels.

Ce système se heurte à la même objection, il suffirait que les enfants naturels fussent d'un nombre plus de trois fois supérieur à celui des enfants légitimes pour qu'ils recueillissent la plus grande partie de la succession.

Nous croyons donc que le seul système en accord avec la loi est celui qui consiste à considérer tous les enfants comme légitimes et à attribuer à l'enfant naturel la moitié de la quote-part obtenue pour chacun de ces enfants légitimes. Non seulement nous nous appuyons sur la lettre de la loi : — « la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime » — mais nous croyons suivre son esprit puisque nous avons vu que le législateur avait voulu établir une réserve en faveur des enfants légitimes,

égale au moins à la moitié de la succession. Ce qui semble tout à fait logique à l'égard des enfants légitimes, si l'on se rappelle que la loi a assuré aux ascendants et aux collatéraux privilégiés, un quart de la succession.

Déjà, avant la loi de 1896, le Code civil avait fixé un minimum pour la part des enfants légitimes. En attribuant à l'enfant naturel, en concurrence avec des descendants légitimes, le tiers de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime, et la moitié, en face d'ascendants ou de frères et sœurs du défunt, il avait limité les droits des enfants naturels à un tiers de la succession dans le premier cas et à la moitié dans le second.

b) *Concours avec des ascendants et des collatéraux privilégiés.* — Le Code civil espagnol exclut l'enfant naturel de la succession de ses parents, lorsque ceux-ci laissent des ascendants légitimes. Par contre, il lui accorde toute la succession devant des collatéraux privilégiés. Son article 939 déclare qu'à défaut de descendants et ascendants légitimes, succéderont au défunt dans la totalité de l'héritage les enfants naturels légalement reconnus ». Il faut aussi remarquer ici, que l'enfant naturel est un héritier réservataire et que, comme tel, il a droit à la réserve fixée par la loi, même en présence d'ascendants (art. 840, 841, 942).

En France, la solution adoptée est bien différente. On assimile les collatéraux privilégiés aux ascendants. Ces deux catégories d'héritiers ont droit à un quart de la succession.

Le Code civil, dans son article 759, s'exprime ainsi :
« Le droit est des trois quarts, lorsque les père et mère

ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs, ou des descendants légitimes, de frères et sœurs ».

Mais il faut remarquer que si les enfants naturels ont les mêmes droits, qu'ils viennent en concours avec des ascendants ou avec des collatéraux privilégiés, ceux-ci ont la priorité sur les ascendants autres que les père et mère.

c) *Devant des collatéraux ordinaires*, comme en l'absence de tout parent légitime, les enfants naturels ont droit à la totalité de la succession. En France, avant la loi de 1896, ils avaient seulement les trois quarts de la succession.

d) *En concours avec le conjoint survivant*. — En Espagne, où le conjoint survivant est un héritier réservataire, article 807, alinéa 3, le Code civil prévoit seulement sa présence dans la succession testamentaire (art. 914). Mais il a gardé le silence pour la succession *ab intestat*.

Nous croyons que le silence implique un refus au conjoint, de tout droit, comme héritier *ab intestat*. « Et de même, a-t-on dit, que lorsque dans un testament, on institue B. et C., il n'est pas possible de considérer D. comme institué, de même, si dans le testament collectif des successions légitimes, le conjoint survivant n'apparaît pas comme appelé, il ne pourra pas jouir d'une quotité en usufruit (5). » Mais cela n'implique pas que le conjoint survivant, qui est un héritier réservataire, ne puisse pas, en cette qualité, exercer ses droits sur la suc-

(5) Quintius Muscius Scaevola, op. cit., t. XVI, p. 383.

cession *ab-intestat*, car la réserve peut s'exercer aussi sur la succession *ab-intestat*, par exemple, lorsque le défunt, de son vivant, a fait des libéralités dépassant la quotité disponible. D'autre part, le conjoint survivant, que la loi a voulu protéger en lui accordant une réserve, serait à la merci de son époux, qui pourrait ne pas tester, afin de l'exclure de tout droit successoral (6).

Nous étudierons donc les droits successoraux de l'enfant naturel en concours avec le conjoint survivant lors de la réserve.

En France, où le conjoint survivant n'est pas héritier réservataire, il a cependant un droit sur la succession *ab-intestat* du conjoint décédé.

Le Code civil, dans son article 767, déclare « que le conjoint survivant non divorcé, qui ne succède pas à la pleine propriété et contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée a, sur la succession du prédécédé, un droit d'usufruit qui est :

1° D'un quart, si le défunt laisse un ou plusieurs enfants issus du mariage ;

2° D'une part d'enfant légitime le moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage ;

3° De moitié, si le défunt laisse des enfants naturels ou descendants légitimes d'enfants naturels, des frères et sœurs, des descendants de frères et sœurs ou des ascendants. »

(6) Dans ce sens, Sanchez Roman, t. VI, vol. 3, p. 1667 ; Alonso Martinez, El C. C. en sus relaciones con las legislaciones forales, t. II, p. 52 ; Contrà Q. Muscius Scaevola, op. cit. loc.

Ainsi, lorsque le défunt laisse seulement des enfants naturels, son conjoint survivant a droit à la moitié de la succession en usufruit.

Mais il se peut que le défunt laisse des enfants légitimes et des enfants naturels. Quelle est la part de l'enfant naturel ? Trois hypothèses peuvent se présenter :

α) *Concours d'enfants légitimes issus du mariage et d'enfants naturels.* — Dans cette hypothèse, le conjoint survivant a droit à la moitié en usufruit des biens recueillis par les enfants naturels et au quart de ceux échus aux enfants légitimes.

Supposons qu'il y ait deux enfants légitimes issus du mariage et un enfant naturel. Le défunt laisse une succession de 90.000 francs. L'enfant naturel en reçoit 15.000 francs. Mais comme le conjoint survivant du de cujus a droit à l'usufruit de la moitié de ces 15.000 fr.; soit 7.500 francs, l'enfant naturel prendra 7.500 francs en pleine propriété et 7.500 francs en nue-propriété.

Les enfants légitimes subiront la déduction de l'usufruit du quart de leur part, soit 18.750 francs. Baudry Lacantinerie et Colin (7), sont opposés à cette solution, ils considèrent qu'on doit procéder comme s'il n'y avait pas d'enfant naturel, et, en conséquence, attribuer au conjoint survivant l'usufruit du quart de toute la succession.

On peut objecter, en effet, que d'après notre système, le conjoint survivant a moins de droits en face de trois enfants légitimes, qu'en concours avec deux enfants légi-

(7) Successions, p. 427-428, n° 534.

times et un enfant naturel. Nous répondrons que les droits des enfants légitimes étant diminués par la présence de l'enfant naturel, le conjoint survivant profite de cette diminution et que l'enfant naturel ne doit pas être mieux traité lorsqu'il se trouve en concours avec des enfants légitimes, que lorsque le défunt ne laisse pas de descendance légitime.

3) *Concours d'enfants légitimes d'un premier lit et d'enfants naturels.* — Nous adopterons ici la même solution. Soit quatre enfants d'un premier lit et un enfant naturel. Le de cujus laisse 100.000 francs. L'enfant naturel reçoit un dixième de la succession, soit 10.000 francs. Il subit une déduction de la moitié en usufruit au profit du conjoint survivant, il lui reste ainsi 5.000 francs en pleine propriété et 5.000 francs en nue-propriété. Les 90.000 francs restants doivent être partagés entre les quatre enfants légitimes et le conjoint survivant qui, dans ce cas, a la même part, en usufruit, qu'un enfant légitime le moins prenant.

De même que dans l'hypothèse précédente, une solution différente est acceptée par la plupart des auteurs. Les uns ne tiennent pas compte des enfants naturels. Ils résolvent la question comme s'il n'y avait que quatre enfants légitimes (8). En conséquence, les 100.000 francs sont divisés entre les quatre enfants légitimes et le conjoint survivant. La part de celui-ci est donc de 20.000 francs en nue-propriété, qui sera distribuée entre les quatre enfants légitimes et l'enfant naturel, selon les règles établies par le Code civil (art. 758).

(8) Baudry-Lacantinerie et Colin, successions, p. 427-428, n° 534.

D'autres décomposent la succession en deux parties. L'une comprenant la nue-propriété, est répartie entre les enfants suivant la proportion établie par la loi.

L'autre, comprenant l'usufruit, est distribuée entre les enfants légitimes, le conjoint survivant considéré comme un enfant légitime, et les enfants naturels.

Dans l'exemple que nous avons pris, quatre enfants du premier lit et un enfant naturel étant en présence, celui-ci aura un dixième dans le partage de la nue-propriété, soit 10.000 francs et un douzième, soit 8.333 fr. 39 dans le partage de l'usufruit. Il recueillera ainsi 8.333 fr. 33, en pleine propriété et 1.666 fr. 66 en nue-propriété (9).

Ces solutions sont louables si l'on considère le profit qu'elles donneraient à l'enfant naturel. Mais nous pensons qu'elles sont contraire au texte de la loi, qui attribue au conjoint survivant plus de droits lorsqu'il vient en concours avec l'enfant naturel, que lorsqu'il est en présence d'enfants légitimes.

Sans doute, nous ne respectons pas la proportion établie par l'article 758 du Code civil entre la part des enfants légitimes et celle des enfants naturels. Mais cela est dû à la loi qui n'a pas prévu le cas où des enfants légitimes et naturels viennent en concours avec le conjoint survivant. Nous sommes ainsi conduit naturellement à déterminer d'abord les droits des enfants légitimes et des enfants naturels, puis à faire subir à chacune de ces deux catégories d'héritiers, la charge imposée par la loi au profit du conjoint survivant.

(9) Planiol, Ripert, Maury et Vialleton, t. IV, n° 131, p. 164.

γ) *Concours d'enfants légitimes de deux lits et d'enfants naturels.* — Cette hypothèse résulte de la combinaison des deux précédentes et nous suivrons à son égard le même procédé. Nous commencerons par attribuer à chacun des enfants sa quote-part, puis nous lui ferons subir, dans la mesure imposée par la loi, la charge de l'usufruit au profit du conjoint. Soit, par exemple, une succession comprenant cinq enfants légitimes d'un premier lit, trois enfants issus du mariage, et un enfant naturel. Le de cujus laisse 90.000 francs.

L'enfant naturel recueillera : 5.000 francs, desquels le conjoint survivant prendra la moitié en usufruit, soit 2.500 francs.

Les cinq enfants légitimes du premier lit recevront $85.000 \times 5 = 53.125$, dont l'usufruit devra être distribué

$$\frac{5+3}{5+3}$$

entre eux et le conjoint par parts égales, soit 8.854 fr. 16 pour chacun.

Les trois enfants légitimes recevront $85.000 \times 3 = 31.875$

$$\frac{5+3}{5+3}$$

francs et sur cette partie de la succession le conjoint aura le quart en usufruit, soit 7.968 fr. 75 (10).

e) *Droits successoraux de l'enfant naturel comme frère.* — Le Code civil français, dans son article 766, déclare qu'en cas de prédécès des père et mère de l'enfant naturel décédé sans postérité, les biens que les

(10) Voir *Contrà Baudry Lacantinerie et Colin*, op. loc. cit, qui, dans notre espèce, considèrent les huit enfants légitimes comme s'ils étaient du premier lit et attribuent au conjoint un neuvième de la succession en usufruit.

enfants naturels en avaient reçus passent aux frères et sœurs légitimes, s'ils se retrouvent en nature dans la succession, les actions en reprise, s'il en existe, ou le prix des biens aliénés, s'il en est encore dû, retournent également aux frères et sœurs légitimes. *Tous les autres biens passent aux frères et sœurs naturels ou à leurs descendants.*

De même, le Code civil espagnol, dans son article 946, accorde aux frères et sœurs naturels le droit de succéder à l'enfant naturel décédé sans laisser ni descendants ni père ni mère.

Il ne s'agit ici que d'enfants naturels ayant un commun auteur et non point d'enfants légitimes qui, issus du même auteur, sont cependant frères de ces enfants naturels. La loi a exclu ces enfants légitimes de la succession de leurs frères naturels, car il eut été injuste de leur attribuer un droit dont la réciproque est refusée aux enfants naturels, par les articles 943, Code civil espagnol (11), et 757 du Code civil français. A défaut de tout autre héritier, l'Etat est préféré à l'enfant légitime (12).

Donc, à défaut de père et mère, la succession est attribuée aux frères naturels de l'enfant naturel décédé.

Toutefois, les enfants légitimes bénéficient du retour successoral que prévoit l'article 766 du Code civil français.

(11) Dans ce sens, Sanchez Roman, op. cit., t. VI, p. 1660 ; Sentence du 24 juin 1897.

(12) Demolombe, op. cit., t. XIV, n° 165 ; Aubry et Rau, op. cit., par. 607, note 10 ; Laurent, op. cit., t. IX, n° 152 ; Toullier, op. cit., t. IV, n° 269 ; Coulon, *De la condition des enfants naturels reconnus dans la succession de leurs père et mère*, p. 202. Voir aussi Sanchez Roman, t. VI, v. III, p. 1680 et 1681 ; Cass. req., 26 nov. 1883. S. 85-1-485.

Les descendants légitimes des enfants naturels ont également des droits à la succession des frères naturels de ceux-ci. Ils peuvent y venir de leur chef ou par représentation (13). Par contre, les descendants naturels sont exclus, car il n'existe de parenté naturelle qu'entre père, mère et fils. Aussi, vainement, prétendrait-on que le Code civil espagnol, dans son article 940, accorde le droit de représentation aux descendants, sans exiger la qualité de légitime. Comment admettre que les descendants naturels puissent succéder aux frères naturels de leur père ou mère, alors que ce droit leur est refusé à l'égard de leur aïeul. C'est dans le sens de *descendants légitimes* que la doctrine se prononce (14).

Mais, pour que ses frères naturels ou ses descendants légitimes puissent venir à sa succession, il ne suffit pas que le défunt ait été reconnu volontairement ou judiciairement, il faut aussi que la filiation de ses frères ait été légalement établie. Il faut rappeler ici ce que nous avons vu dans la première partie de notre étude, à savoir, que l'action en réclamation d'état est personnelle en droit français et espagnol, et que par conséquent les frères naturels ne peuvent pas agir en recherche de la paternité ou de la maternité de leur frère décédé, afin de lui succéder.

De même que leur frère légitime, les frères naturels succèdent par tête. Mais il faut faire une distinction

(13) Demolombe, op. cit., t. XIV, n° 161 et 163 ; Coulon, op. cit., p. 20 ; Baudry Lacantinerie, Wahl. Successions, t. I, p. 391-392 ; Contra Huc, op. cit., t. V, n° 112.

(14) Sanchez Roman, op. cit., t. VI, p. 1656 ; Manresa, op. cit., t. VII, p. 101.

entre les frères germains d'une part et les utérins ou consanguins d'autre part. Les premiers succèdent par double lignée, c'est-à-dire que chacun d'eux reçoit une part égale au double de celle du frère utérin ou consanguin.

L'article 766 ne fait pas allusion à cette distinction, mais elle se trouve dans l'article 733, qui s'applique aussi aux enfants naturels.

Le Code civil espagnol déclare expressément dans l'article 945, que le partage sera fait selon les règles établies pour les frères légitimes (art. 947, 949, 950).

B. — LEGISLATIONS QUI TRAITENT L'ENFANT
NATUREL A L'ÉGARD DE SA MÈRE
AUTREMENT QU'A L'ÉGARD
DE SON PÈRE
(SUISSE, ALLEMAGNE, VÉNÉZUÉLA)

a) *Succession aux biens de la mère.* — Aucune législation ne considère les droits de l'enfant naturel à l'égard de sa mère, comme inférieurs à ceux qu'il a à l'égard de son père. Au contraire, il y a des législations qui, tout en maintenant à l'égard du père, une différence entre la filiation naturelle et la filiation légitime, vont jusqu'à assimiler l'enfant naturel à l'enfant légitime à l'égard de la mère. Tels sont le Code civil allemand, article 1705, et le Code civil suisse, qui accordent à tous les enfants les mêmes droits sur la succession maternelle.

Le Code civil vénézuélien, dans son article 241, proclame aussi l'égalité entre les deux filiations à l'égard de la mère et des parents maternels. Mais, en matière de succession, nous constatons, dans ce Code, certaines restrictions apportées à ce principe.

On ne considère pas les enfants naturels de la sœur légitime, comme collatéraux privilégiés, lorsqu'ils sont en présence d'enfants naturels du de cujus. Donc, ils n'ont pas le droit de représenter leur mère décédée dans la succession de son frère (art. 815, parag. 4, al. 2, C. C.). Seulement ils peuvent venir en représentation de leur mère, lorsque des enfants légitimes sont appelés à la succession de leur aïeul en représentation de leur père qui était un enfant naturel (art. 815 in fine).

D'autre part, l'article 816 accorde la succession, à défaut de descendants et d'ascendants, au conjoint survivant et aux collatéraux privilégiés. La loi, ici, assimile les frères naturels du côté de la mère, aux frères légitimes, que le de cujus soit enfant légitime ou naturel. Elle donne aussi aux enfants naturels de la sœur légitime les mêmes droits qu'aux neveux légitimes. Mais dans ces deux cas, les enfants naturels ou leurs descendants ne pourront pas concourir avec les frères légitimes ou leurs descendants légitimes. Il suffit donc qu'il y ait des frères légitimes ou des descendants légitimes de ceux-ci, pour que l'assimilation proclamée par l'art. 241, à l'égard de la mère, soit sans effet. Par contre, si tous les frères sont enfants naturels, ceux du côté de la mère étant considérés comme légitimes, viendront à la succession en concours avec le conjoint survivant.

b) *Succession aux biens du père.* — A l'égard du père, l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime n'est pas si nette qu'à l'égard de la mère.

C'est ainsi que nous avons vu qu'en Suisse, la loi ne fait pas de distinction, du côté de la mère, entre parents

naturels et légitimes. Tandis que l'article 461, alinéa 3 du Code civil suisse, introduit une réduction des droits des enfants naturels reconnus ou déclarés sur la succession paternelle. Lorsque le père naturel laisse des descendants légitimes, « leur droit est réduit à la moitié de la part afférente à un enfant légitime ou à ses ascendants ». M. Martin (15) adopte ici l'interprétation que donne la jurisprudence française du texte du Code civil : « La moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime ».

S'il y a comme héritiers, deux enfants légitimes et un enfant naturel, la quote-part de celui-ci sera le $\frac{1}{6}$ ^e de la succession. En présence de trois enfants légitimes, l'enfant naturel recevra le $\frac{1}{8}$ ^e de la succession.

Mais MM. Rossel et Mentha font une interprétation plus exacte de ce texte qui, d'ailleurs, est très clair. Ils considèrent que la loi a voulu attribuer à l'enfant légitime le double de ce que reçoit l'enfant naturel. L'enfant légitime vaut donc, à l'effet du partage, deux enfants naturels.

Un exemple graphique nous fera mieux saisir les droits de l'enfant naturel en concours avec des descendants légitimes.

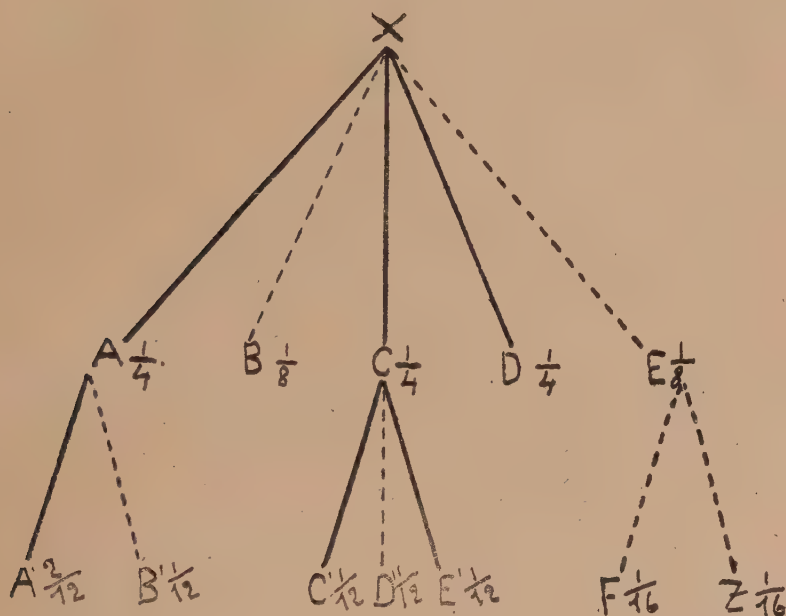
X..., de cujus, laisse trois enfants légitimes A. C. D., dont C. est une fille, et deux enfants naturels B. E.

A..., prédécédé, a laissé un enfant légitime A' et un enfant naturel B'.

C..., aussi prédécédée, a laissé deux enfants légitimes, C', F' et un enfant naturel, D'.

(15) Introduction à l'étude du C. C. S., p. 105, Genève 1908.

Enfin, E prédécédé également, a laissé deux enfants naturels, F. Z.



A. C. D. auront droit chacun à $\frac{1}{4}$ de la succession.

B. E. auront droit chacun à $\frac{1}{8}$ de la succession.

A. étant mort avant l'ouverture de la succession, ses droits sont transmis à A'. $\frac{1}{6}$ et à B' $\frac{1}{12}$, soit au total $\frac{1}{4}$.

C. étant morte également, est représentée par C'. pour $\frac{1}{12}$, par D' pour $\frac{1}{12}$ et par F' pour $\frac{1}{12}$; soit au total, $\frac{3}{12} = \frac{1}{4}$.

E, de même, est représenté par ses deux enfants naturels F. et Z., qui reçoivent $\frac{1}{16}$ chacun.

Hors le cas où ils sont en concours avec des enfants

légitimes, les enfants naturels ont les mêmes droits que l'enfant légitime.

C'est ainsi qu'ils peuvent succéder à leurs frères naturels comme s'il sagissait de frères légitimes.

Les frères naturels germains auront deux fois plus que les consanguins ou les utérins, car on divise l'héritage laissé par le frère décédé en deux parties.

Dans le Code civil *vénuélien*, l'enfant naturel ne vient à la succession de son père que lorsque celui-ci ne laisse pas d'enfants légitimes. Cela ressort de l'article 815 qui déclare : « Si le de cujus était homme et n'a pas laissé de postérité légitime, lui succéderont ses ascendants légitimes ou naturels, ses enfants naturels ou les descendants légitimes de ceux-ci et son conjoint. » Aussi l'enfant naturel peut venir en concours avec les ascendants et le conjoint survivant.

α) *Concours d'enfants naturels avec des ascendants légitimes ou naturels et avec le conjoint survivant.* — Dans ce cas, l'héritage est divisé en trois parties égales, que l'on attribue à chacune de ces trois catégories (article 815 C. C. V.). Si nous supposons que le défunt a laissé une succession de 90.000 francs, les enfants naturels auront 30.000 francs à se distribuer.

β) *Concours d'enfants naturels avec les ascendants seulement.* — A défaut de conjoint, dit l'article 815, al. 2, du Code civil *vénuélien*, la succession sera divisée par moitié entre les ascendants et les enfants naturels ou leurs descendants légitimes. Dans cette hypothèse, les enfants naturels auront 45.000 francs.

γ) *Concours avec le conjoint survivant seulement.* —

Il en est de même dans ce cas. A défaut d'ascendant, dit l'alinéa 3 de l'article 815 C. C. V., les enfants naturels ou leurs descendants légitimes auront la moitié de la succession et l'autre moitié appartiendra au conjoint.

δ) *Concours avec des collatéraux privilégiés.* —

A défaut d'ascendants et de conjoint survivant, l'héritage sera attribué aux enfants naturels ou à leurs descendants légitimes. Mais en concours avec les frères et sœurs légitimes du de cujus qui lui auraient survécu ou avec les descendants légitimes des précédés (art. 815, al. 4, C. C.).

Nous avons vu que, dans ce cas, les enfants naturels de la sœur légitime précédécédée ne pourront prétendre à quoi que ce soit. C'est une des quelques restrictions apportées au principe de l'égalité de condition de tous les enfants à l'égard de leur mère.

Finalement, à défaut de collatéraux privilégiés, l'héritage passera en entier aux mains des enfants naturels.

§ II. — SUCCESSION DE L'ENFANT NATUREL

A. — LÉGISLATIONS QUI NE FONT PAS DE DISTINCTION A CET ÉGARD ENTRE LA MATERNITÉ ET LA PATERNITÉ (FRANCE, ESPAGNE ET BRÉSIL)

En droit français et en droit espagnol, où l'enfant naturel n'a aucun droit à l'égard de la famille de ses parents, celle-ci est complètement exclue de sa succession. Mais le père et la mère naturels recueillent toute la

succession si l'enfant naturel est décédé sans postérité.

Le Code civil français, dans son article 765, déclare :
« La succession de l'enfant naturel décédé sans postérité est dévolue au père ou à la mère qui l'a reconnu, ou par moitié à tous les deux, s'il a été reconnu par les deux. »

On a prétendu que le mot « postérité » employé par la loi, ne désigne que la postérité légitime et que, par conséquent, les enfants naturels ne peuvent avoir plus de droit que si leur auteur était légitime. Mais nous croyons que l'interprétation restrictive donnée au mot postérité est fausse, car, lorsqu'il s'agit de successions irrégulières, la loi entend par le mot postérité tant les enfants naturels que les enfants légitimes.

D'autre part, comment donner les mêmes droits aux ascendants légitimes et naturels, alors que le défunt n'a pas, comme enfant naturel, les mêmes droits que s'il était légitime ?

Le Code civil espagnol, dans son article 944, tranche la question d'une manière formelle. Il parle de la postérité légitime ou reconnue. Cependant, on prétend que le mot « postérité reconnue » vise, non seulement les descendants légitimes de l'enfant naturel reconnu, mais aussi les descendants naturels de celui-ci (16). Mais nous croyons que lorsque l'article 944 parle de postérité reconnue, il a entendu désigner les enfants naturels, car la loi prévoit seulement la reconnaissance de l'enfant naturel et non de sa descendance naturelle.

En outre, nous verrons dans un instant que seuls les

(16) Sanchez Roman, t. VI, vol. III, p. 1677.

père et mère naturels peuvent recueillir la succession de leur enfant. Or, comment accorder des droits successoraux à la descendance naturelle autre que les enfants, alors que les ascendants naturels ne sont pas appelés à la succession.

En cas de prédécès des père et mère, nous avons vu que la succession de l'enfant naturel décédé sans postérité passe à ses frères naturels.

A défaut de frères naturels ou de descendants légitimes en cas de prédécès, la succession est recueillie par l'Etat (17), réserve faite des droits que la loi accorde à tout conjoint survivant.

Les collatéraux ordinaires sont exclus (18) de la succession de l'enfant naturel.

Il faut remarquer qu'il importe peu que la reconnaissance soit forcée ou volontaire. Il suffit que le lien de filiation soit établi pour que les parents aient le droit de succéder à leur enfant naturel.

B.— LÉGISLATIONS QUI FONT UNE DISTINCTION ENTRE LES DROITS MATERNELS ET PATERNELS

a) *A l'égard de la mère*, tout se passe comme si l'enfant était légitime. C'est la solution adoptée par le Code civil suisse, le Code civil allemand et le Code civil vénézuélien, où l'enfant naturel jouit à l'égard de sa mère de la même condition que l'enfant légitime.

b) *A l'égard du père*. En Suisse, où l'enfant naturel

(17) Sanchez Roman, t. VI, vol. III, p. 1680.

(18) Sanchez Roman, t. VI, vol. III, p. 1680.

suit la condition du père en vertu d'une reconnaissance ou d'une déclaration de paternité, la succession de l'enfant naturel a le même sort que s'il était légitime. Son père aura les mêmes droits qu'un père légitime, quoique la réciproque ne soit pas admise d'une manière absolue, car l'enfant naturel, en présence de descendants légitimes, ne reçoit que la moitié de la part d'un enfant légitime.

En droit *vénézuélien*, si l'enfant naturel ne laisse pas de postérité légitime, sa succession est divisée en trois parties égales, entre ses enfants naturels, ses ascendants et son conjoint survivant (art. 815, C. C.). A défaut de conjoint, l'héritage passe par moitié aux enfants naturels et par moitié aux ascendants (art. 815, al. 2).

A défaut d'ascendants, la moitié de la succession est recueillie par les enfants naturels, l'autre moitié par le conjoint survivant (art. 815, al. 3).

A défaut d'enfants naturels et d'ascendants, la succession échoit entièrement au conjoint survivant, sans que celui-ci ait à craindre la concurrence des frères légitimes du de cujus, qui, enfant naturel, ne peut avoir que des frères naturels (art. 816, C. C.).

A défaut de conjoint survivant et d'ascendants, toute la succession passe aux enfants naturels.

Nous voyons que la succession de l'enfant naturel pourra être recueillie par les ascendants, alors que la loi refuse tout droit à l'enfant naturel sur l'héritage de ses ascendants autres que son père (art. 813 et 815, C. C. V.).

La loi accorde à ses ascendants paternels les mêmes droits que s'ils étaient légitimes, puisque l'article 816 parle d'ascendants légitimes ou naturels.

SECTION II

DE LA RÉSERVE

Généralités. — La réserve est la partie de la fortune d'une personne affectée par la loi à certains héritiers et qui ne peut être atteinte par aucune libéralité faite à d'autres personnes.

Le nombre de ces héritiers varie selon les législations. En France, seule la ligne directe, descendants et ascendants, a droit à une réserve. Parmi les descendants sont compris les enfants naturels. Par contre, les ascendants naturels, le père et la mère eux-mêmes, n'ont droit à aucune réserve.

En Suisse, en Espagne et au Vénézuéla, le conjoint survivant est aussi considéré comme héritier réservataire (19).

En Suisse, en outre, les frères et sœurs (art. 470, C. C.) sont héritiers réservataires.

Il faut remarquer que l'existence d'un lien de parenté déterminé ne suffit pas pour donner droit à la réserve ; mais deux conditions sont requises : 1° Il faut être appelé à la succession ; 2° il faut se porter héritier. C'est ainsi que les ascendants ne sont plus réservataires, en présence des descendants qui les excluent de la succession, et que le droit à la réserve est refusé à tout héritier renonçant ou déclaré indigne.

(19) C. C. S., art. 470 ; C. C. V., art. 868 ; C. C. esp., art. 807, al. 3.

§ I. — DE LA RÉSERVE DE L'ENFANT NATUREL

Tous les codes qui font l'objet de notre étude, considèrent l'enfant naturel comme un héritier réservataire. En France, dès 1809, on trouve des arrêts qui accordaient la réserve à l'enfant naturel (20). Cependant, la question de savoir si l'enfant naturel avait droit à une réserve, n'était pas unanimement tranchée.

Les uns refusaient la réserve aux enfants naturels, la considérant comme un droit exceptionnel, qui ne peut leur être accordé faute d'un texte. L'article 913, disaient-ils, ne parle que de descendants, et par là, on doit entendre seulement les descendants légitimes, et ceux qui ont les mêmes droits : l'adopté et le légitimé.

En outre, invoquaient-ils, l'enfant naturel n'est pas désigné par le mot descendant, car la loi restreint ses droits dans l'article 338 : « L'enfant naturel reconnu ne pourra réclamer les droits de l'enfant légitime. il n'a que les droits réglés au titre des successions. Cela implique qu'il a un droit à succéder *ab-intestat*, et non un droit de réserve qui est réglé au titre des donations entre vifs et testaments (21).

Mais les partisans de l'existence d'une réserve au profit de l'enfant naturel, s'appuyaient sur l'article 757 (ancien) qui fixe les droits de l'enfant naturel sur la succession à une fraction de celle de l'enfant légitime : « un tiers de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime ». Ce qui veut

(20) Cass., 26 juin 1809. D. 12-1-326. S. 9-1-337 ; Pau, 10 avril 1810. S. 1810-2-239 ; Amiens, 26 nov. 1811. S. 1812-2-412 ; Contrà Rouen, 31 juillet 1820. S. 1820-2-213 ; Dalloz au mot succession, n° 307.

(21) Chabot, des successions sur l'art. 756, n° 16 et suivants ; Laurent, op. cit., t. 12, n° 40.

dire que l'enfant naturel a des droits de même nature que ceux de l'enfant légitime, mais trois fois plus petits. Si l'enfant légitime a droit à une réserve (art. 713), l'enfant naturel doit avoir le même droit qui s'exerce dans la proportion établie par l'article 757 (22).

Cette controverse a été tranchée par la loi de 1896, qui a ajouté à l'article 713, un second paragraphe déclarant : « l'enfant naturel reconnu a droit à une réserve ».

Les droits à la réserve de l'enfant naturel varient suivant la qualité et le nombre des héritiers légitimes qui concourent avec lui.

a) *Concours avec descendants légitimes.* — La réserve de l'enfant naturel, déclare le Code civil français, article 913, « est une quotité de celle qu'il aurait eue s'il eut été légitime, calculée en observant la proportion qui existe entre la portion attribuée à l'enfant naturel au cas de succession *ab-intestat* et celle qu'il aurait eue dans le même cas, s'il eut été légitime ».

La loi a voulu maintenir, pour la réserve, la proposition établie, pour la succession *ab-intestat*, entre la part de l'enfant légitime et celle de l'enfant naturel.

La part de l'enfant naturel étant réduite à la moitié de ce qu'il aurait eu s'il eut été légitime (art. 758), sa réserve sera réduite de la même façon.

C'est ainsi que la réserve d'un enfant naturel en concours avec un enfant légitime, est de un sixième de la succession, en concours avec deux enfants légitimes, elle

(22) Voir notamment Demolombe, Succession, t. II, n° 149 ; Aubry et Rau, parag. 686, p. 99 et 100 ; Baudry-Lacantinerie et Colin. Donations et testaments, t. I, p. 302 et 707.

est de un huitième, car dans le premier cas, il aurait pris un tiers s'il eut été légitime, et dans le second cas un quart (23), et ainsi de suite.

De même, s'il y a plusieurs enfants naturels, on les considère tous comme légitimes et on leur attribue la moitié de ce qu'ils auraient reçu s'ils eussent été légitimes, sans que les retranchements subis par les uns profitent aux autres enfants naturels.

C'est ainsi que s'il y a quatre enfants naturels en concours avec un enfant légitime, la réserve totale étant des trois quarts de la succession, celle d'un enfant naturel est de trois quarts : $(5 \times 2) = 3/40$ de la succession.

Mais une question se pose en France, où la fixation de la réserve est faite en raison du nombre d'héritiers. Il s'agit de savoir si les enfants déclarés indignes ou renonçants à la succession, doivent être considérés comme inexistantes et ne pas entrer en compte dans le calcul de la réserve. La jurisprudence est d'avis qu'on ne doit pas rechercher si les enfants viennent ou non à la succession, car l'article 913 parle des enfants que le défunt « *laisse* » sans ajouter « *comme héritiers* » (24). Cette solution est en accord avec l'article 786, qui dit : « La part du renonçant accroît à ses cohéritiers. »

En Espagne, la réserve de l'enfant naturel, est égale

(23) La réserve d'un enfant légitime est de la moitié de la succession; celle de deux enfants légitimes est de $2/3$ de la succession. Elle est de $3/4$ si le défunt laisse trois ou un plus grand nombre d'enfants légitimes (art. 913, al. 1).

(24) Arrêt Laroque de Mons, 18 fév. 1818-5-429. S. 18-1-98; Civ. Cass., 13 août 1866. D. 66-1-467. S. 66-1-383; Cass., 21 juil. 1869. D. 74-5-377. S. 70-1-432; Cass. 10 juin 1902. D. 04-1-425. S. 04-1-121. La doctrine est en général en sens contraire, voir notamment Demolombe, t. XIX, n° 99. Contrà Aubry et Rau, 5^e éd., t. XI, 680, parag., p. 17, note 5.

à la moitié de la quote-part appartenant à un enfant légitime n'ayant pas de préciput, *no mejorado* (art. 840, C. C.).

Pour bien saisir cette disposition, nous croyons qu'il est nécessaire de donner un aperçu du système de la réserve en Espagne.

Dans la législation espagnole, les deux tiers de la succession sont réservés aux enfants légitimes, quel que soit leur nombre. Le tiers restant constitue la véritable quotité disponible. Mais il existe une seconde quotité disponible (*mejora*) que l'ascendant ne peut employer qu'au profit de ses descendants légitimes. Les deux tiers constituant la réserve sont divisés en deux parties égales, dont l'une doit nécessairement être partagée entre tous les enfants légitimes, et dont l'autre peut être attribuée, selon la volonté du de cujus, à celui ou à ceux des enfants légitimes ou de ses descendants légitimes (25) qu'il désire favoriser.

Supposons qu'il y ait trois enfants légitimes et une succession de 90.000 francs.

La quotité disponible dans ce cas est de 30.000 francs, la réserve des enfants légitimes, 60.000 francs. La réserve stricte de chaque enfant légitime, 10.000 francs, 30.000 francs pour les trois.

Les 30.000 francs restant peuvent être partagés entre les enfants légitimes au gré de l'auteur, qui peut, par exemple, les attribuer entièrement à l'un d'eux.

L'enfant ainsi avantagé par le de cujus, d'une partie

(25) Sanchez Roman, op. cit., t. VI, vol. II, p. 908 et 1225 ; Sentence du Tribunal Suprême, du 19 décembre 1909.

ou de la totalité de cette seconde quotité disponible, est dit « *mejorado* » (ayant préciput), les autres sont les « *no mejorado* » (n'ayant pas de préciput).

Déterminons maintenant quelle est la réserve de l'enfant naturel. La loi dit qu'elle est égale à la moitié de la quote-part d'un enfant légitime *no mejorado*. Le calcul en est donc très facile lorsque le défunt a usé entièrement du droit que la loi lui confère de favoriser ceux de ses descendants légitimes qu'il choisit jusqu'à concurrence d'un tiers de la succession.

La quote-part de l'enfant légitime *no mejorado*, serait alors, dans l'exemple que nous avons donné, de 10.000 francs, et la réserve de l'enfant naturel de 5.000 francs.

Mais si le de cujus n'a employé qu'une partie de la seconde quotité disponible à avantager certains de ses enfants légitimes, s'il a crû inutile de faire la répartition de ce second tiers de sa succession ou s'il a négligé de le faire, quelle doit être la réserve de l'enfant naturel ?

Une grande controverse existe sur ce point (26).

On a prétendu que la part de l'enfant naturel devait toujours se calculer d'après le premier tiers de la succession, qui constitue la réserve nécessaire des enfants légitimes avant toute « *mejora* ». Mais cela ne s'accorde pas avec la seizième loi des Bases, qui déclare : « Les enfants naturels reconnus, auront droit à une portion héréditaire qui en cas de concurrence avec les enfants légitimes, ne pourra jamais excéder la moitié de ce qui, comme part légitime, appartient à chacun de ceux-ci.

(26) Voir Sanchez Roman, t. VI, vol. II, p. 840 et suiv. A propos du conjoint survivant, qui soulève la même controverse.

D'autre part, la commission de codification introduisit les mots *no mejorados* pour dire qu'en aucun cas, l'enfant naturel ne pourrait recevoir une part supérieure à la moitié de celle du légitime le moins favorisé. Nous croyons aussi que la loi eut été plus claire si elle avait dit que les enfants naturels ont droit à la moitié de ce qui revient à un enfant légitime, dans la réserve stricte du tiers de la succession.

Enfin, il faut remarquer que si l'on considère que la réserve de l'enfant naturel doit être calculée d'après la légitime stricte du tiers, la légitime des descendants est plus petite que celle des ascendants qui ont droit à la moitié.

Nous concluons donc par admettre comme enfant *no mejorado*, seulement ceux qui n'ont pas été avantagés d'une manière expresse. Aussi, si le père n'exerce pas son droit d'avantage, ou s'il le fait d'une manière partielle, on considérera comme *no mejorado* l'enfant le moins prenant.

Faisons remarquer, dès à présent, qu'en droit espagnol, les descendants légitimes (27) ont le droit de représenter, l'enfant naturel qu'il soit incapable ou déshérité, mais non s'il renonce à la succession (28). De même

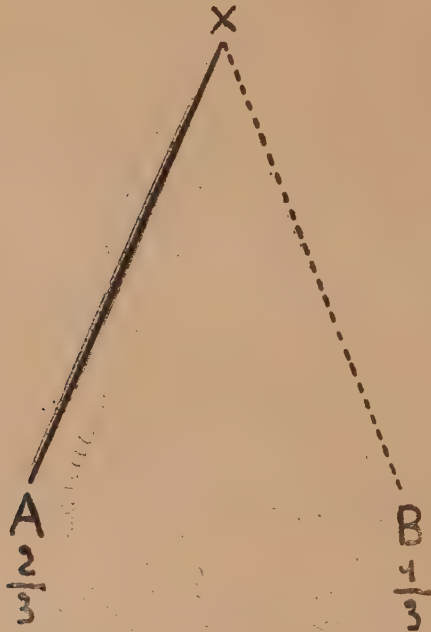
(27) Dans ce sens, Manresa y Navarro, op. cit., t. VI, p. 586; Sanchez Roman, op. cit., t. VI, vol. III, p. 1656. Cependant on a prétendu aussi étendre ce droit aux descendants naturels, en s'appuyant sur l'art. 940, qui emploie le mot descendant sans dire légitime: « Si les enfants naturels ou légitimes concourent avec les descendants d'un autre enfant naturel ou légitime prédécédé, les premiers héritent en vertu de leur droit propre, les seconds par représentation.

(28) On ne pourra représenter une personne vivante que dans le cas où elle aurait été déshéritée ou si elle est incapable, art. 929 C. c. Dans ce sens, Sanchez Roman, t. VI, vol. III, p. 1657. Voir aussi Manresa, t. VIII, p. 101.

en droit français (art. 757 et 761), sauf si l'enfant naturel est déclaré indigne, ses descendants ne peuvent pas venir à la succession par représentation, mais ils peuvent venir de son chef (29).

Considérons les principales hypothèses qui peuvent se présenter.

1) *Concours d'un enfant légitime et d'un enfants naturel.* — Succession, 90.000 francs. Le de cujus laisse un enfant naturel B et un enfant légitime A et une succession de 90.000 francs.



Dans ce cas, la quotité disponible est complètement absorbée par la réserve de l'enfant naturel. Les legs faits par le testateur deviennent nuls.

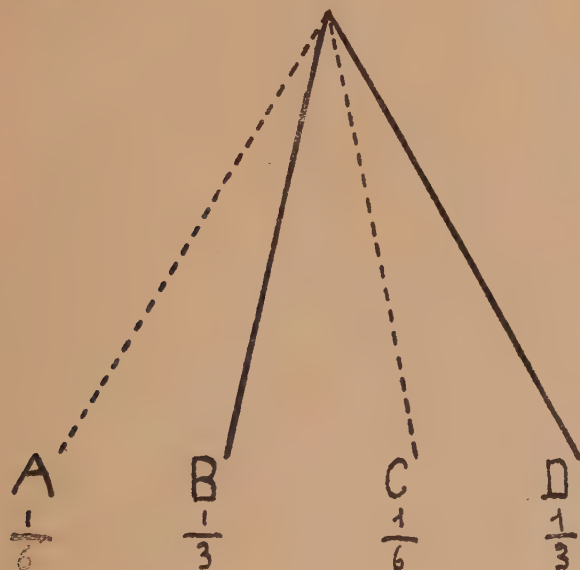
(29) Colin et Capitant, III, p. 395 in fine.

En effet, l'article 840 exige que la réserve de l'enfant naturel soit prélevée sur la quotité disponible, qui doit supporter aussi les frais funéraires (art. 840).

Donc, jamais la réserve des enfants naturels, en concours avec descendants légitimes, ne peut être supérieure au tiers de la succession, qui constitue la quotité disponible.

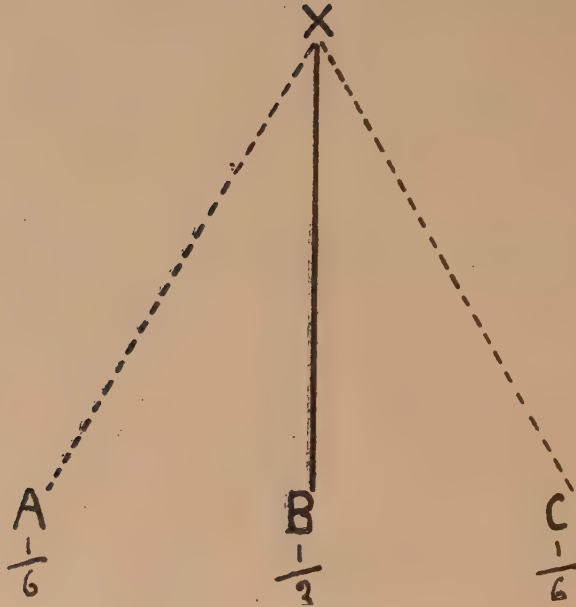
2) *Concours de plusieurs enfants légitimes (no mejo-rados) avec plusieurs enfants naturels.* — Succession, 90.000 francs.

1^{er} Cas :



A = 15.000	}	Enfants naturels.
C = 15.000		
B = 30.000	}	Enfants légitimes.
D = 30.000		
90.000		

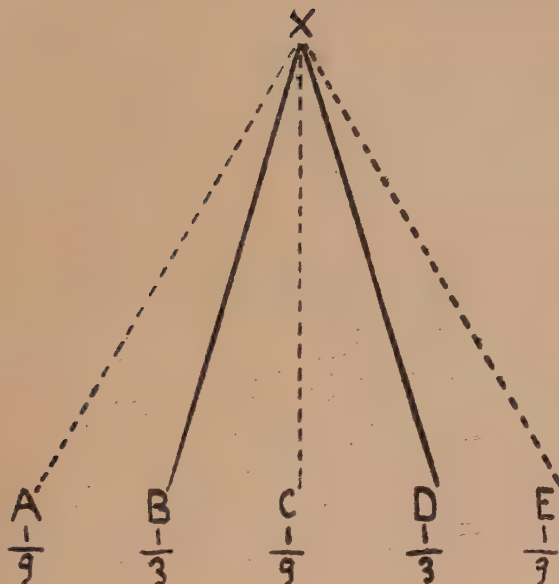
2^e Cas ;



Dans ce cas, A et C, enfants naturels, devraient avoir $\frac{1}{3}$ chacun, soit la moitié de la réserve de B, enfant légitime (art. 840), si la loi ne limitait pas leur droit à la quotité disponible, qui est d'un tiers, car les droits de l'enfant naturel ne peuvent s'exercer que sur la quotité disponible. Il en résulte donc qu'ils auront $\frac{1}{6}$ chacun :

A.....	15.000 fr.
C.....	15.000 fr.
B.....	60.000 fr.
	90.000 fr.

3^e Cas :



Dans ce cas aussi, la quotité disponible limite les droits des enfants naturels.

A, enfant naturel.....	10.000 fr.
B, enfant légitime.....	30.000 fr.
C, enfant naturel.....	10.000 fr.
D, enfant légitime.....	30.000 fr.
E, enfant naturel.....	10.000 fr.
Total.....	90.000 fr.

3) Concours d'enfants légitimes « mejorados » avec la totalité du tiers; d'enfants légitimes « no mejorados »;

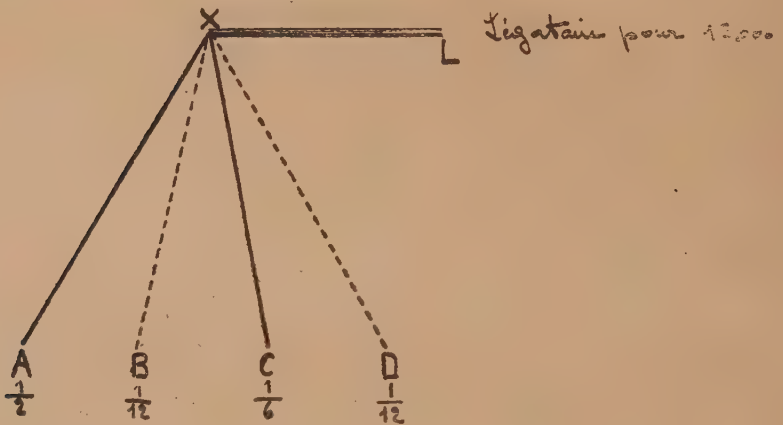
d'enfants naturels, et de légataire à titre particulier. —
Succession, 90.000 francs.

A, enfant légitime *mejorado* avec le tiers.

C, enfant légitime *no mejorado*.

B et D, enfants naturels.

L, légataires.



Enfants légimes	{	A = 45.000 C = 15.000	}	La part de l'enfant légitime <i>no mejerodo</i> étant de 1/6, celle de l'enfant naturel doit être de 1/12.
Enfants naturels	{	B = 7.500 D = 7.500 L = 15.000		
		90.000		

QUOTITÉ DISPON.

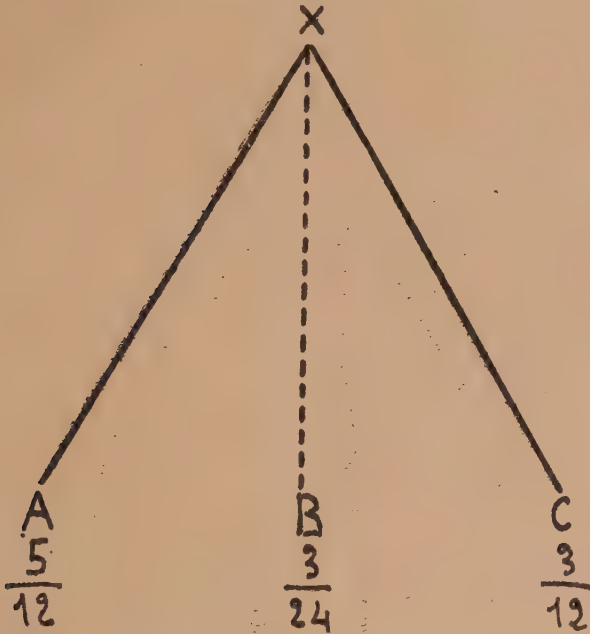
Si au lieu de deux enfants naturels, il y en a davantage, les legs sont réduits de telle façon que, dans notre exemple, il suffit qu'il y ait quatre enfants naturels pour qu'ils soient sans effets.

4) Concours d'enfants légitimes *mejorados* partiellement, d'enfants légitimes *no mejorados* et d'enfant naturel :

A, enfant légitime *mejorado*, avec la moitié du tiers.

B, enfant naturel.

C, enfant légitime *no mejorado*.



A = 37.500 soit $\frac{1}{6} + (\frac{2}{3} - \frac{1}{6}) : 2 = \frac{5}{12}$

B = 11.250 soit la moitié de C (*no mejorado*).

C = 22.500 égal $(\frac{2}{3} - \frac{1}{6} : 2 = \frac{3}{12})$

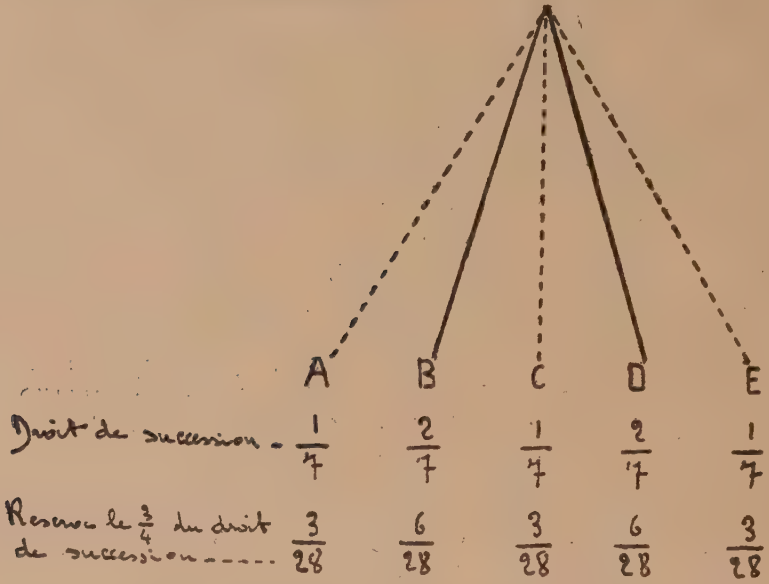
Quotité dispon. 18.750

Total. . . . 90.000

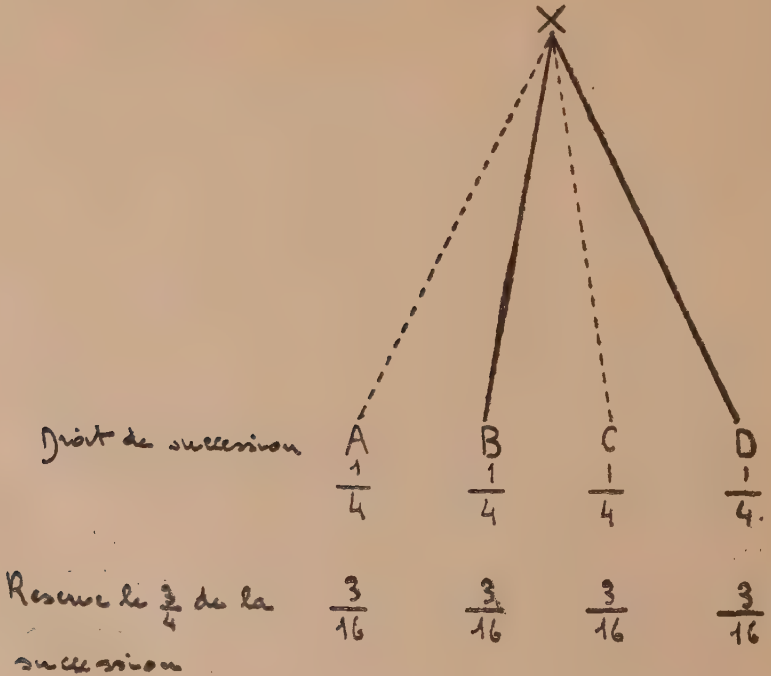
L'article 471 du Code civil suisse fixe la réserve des descendants aux trois quarts de leur droit de succession. Il est donc facile de la calculer.

Exemples

Le de cujus est un homme



Le de cujus est une femme.

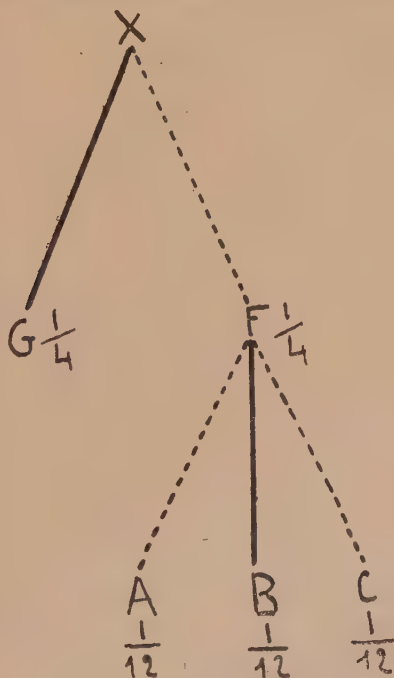


Le droit *vénézuélien* exclut de la succession de son père, l'enfant naturel qui se trouve en concours avec des descendants légitimes, cela est déclaré dans l'article 871 du Code civil. Ce texte n'accorde une réserve à l'enfant naturel dans la succession paternelle qu'à défaut de descendants légitimes.

Mais nous avons vu que l'enfant naturel jouit à l'égard de sa mère, de la condition d'enfant légitime. Aussi, il a la même réserve que l'enfant légitime, qui est de la moitié des biens de la succession, si le de cujus ne laisse que deux enfants, et de deux tiers s'il en laisse trois ou un plus grand nombre (art. 869).

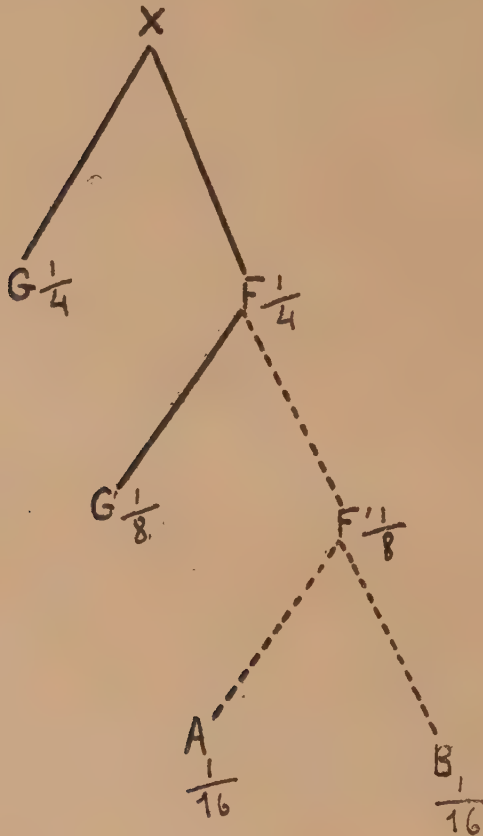
Les enfants naturels de la fille légitime ont les droits que celle-ci aurait dans l'héritage de sa mère, de même tous les descendants ayant une filiation naturelle utérine.

Exemple
X mère légitime d'un garçon G et d'une fille F, qui a deux enfants naturels A C et un enfant légitime B.



A B C auront chacun comme réserve $\frac{1}{12}$ de la succession

X, mère légitime d'un garçon G et d'une fille F, prédécédée, qui a un enfant légitime G' et une fille naturelle F' prédécédée, laissant deux enfants naturels A. B.



La réserve de G. et F. est de $\frac{1}{4}$ pour chacun, soit une réserve totale de la moitié de la succession. F étant morte a transmis ses droits à G' et à F', soit $\frac{1}{8}$ à chacun. F' étant mort transmet à la fin tous ses droits à A et B, pour $\frac{1}{16}$ à chacun.

b) *Concours avec ascendants légitimes.* — Toutes les législations que nous étudions accordent un droit de réserve à l'enfant naturel en concours avec des ascendants légitimes.

Le Code civil français s'écarte ici du principe d'une proportion établie entre les droits de succession *ab-intestat* et la réserve proclamée par son article 913, al. 2.

Nous trouvons la justification de cette dérogation dans le souci d'empêcher que la réserve absorbe la totalité de la succession. Il eut suffi, en effet, que le défunt laissât des ascendants dans les deux lignes, et deux enfants naturels, pour que la quotité disponible fut nulle (29 *bis*).

L'article 915 déclare : « Lorsque, à défaut d'enfant légitime, le défunt laisse à la fois un ou plusieurs enfants naturels et des ascendants dans les deux lignes ou dans une seule, les libéralités par acte entre vifs et par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il n'y a qu'un enfant naturel, le tiers s'il y en a deux, le quart s'il y en a trois ou un plus grand nombre. Les biens ainsi réservés seront recueillis par les ascendants jusqu'à concurrence d'un huitième de la succession et le surplus par les enfants naturels. »

Ce texte donne aux enfants naturels et aux ascendants légitimes réunis, la même réserve qu'aux enfants légitimes.

Les ascendants légitimes, au lieu d'être privés de toute réserve, comme dans le cas où le défunt laisse des descendants légitimes, ont ici un droit fixe de $1/8^e$ de la succession qui est prélevé sur la moitié, les deux tiers ou les trois quarts des biens selon le nombre d'enfants natu-

(29 *bis*) Les deux enfants naturels auront les $3/4$ de $2/3=1/2$. Les ascendants auront $1/4$ pour chaque ligne, soit un $1/2$ en tout.

rels. Il en résulte que si le défunt laisse un enfant naturel, la réserve de cet enfant sera de $3/8^e$ de la succession; s'il en laisse deux, chacun d'eux aura comme réserve des $13/48^e$ de la succession. S'il en laisse trois ou un plus grand nombre, leur réserve totale sera les $5/8^e$ de la succession.

Le Code civil *espagnol*, dans son article 841, fixe la réserve des enfants naturels en concours avec des ascendants légitimes, à la moitié de la quotité disponible. Comme l'article 809 accorde aux ascendants légitimes une réserve de la moitié de la succession, si le défunt ne laisse pas de descendants légitimes, les enfants naturels ont donc une réserve fixe égale au quart de la succession.

Le législateur a voulu, d'une part, que la réserve de l'enfant naturel soit inférieure à celle de l'ascendant légitime, et d'autre part, qu'en concours avec des ascendants légitimes, l'enfant naturel ait une réserve plus grande que lorsqu'il est en présence de descendants légitimes (loi de Bases, 16).

Ces deux résultats n'ont pas été atteints d'une manière rigoureuse. L'un d'eux fait défaut dans certains cas, dont voici un exemple :

Un ascendant A. vient en concours avec un enfant naturel N., A. aura $1/2$, soit.....		45.000 fr.
si la succession est de 90.000 francs.		
N. aura $1/4$, soit.....		22.500 fr.
Quotité disponible, $1/4$, soit.....		22.500 fr.
		90.000 fr.

Le partage ainsi fait n'est pas en accord avec la loi de Bases, 16, qui déclare que les droits de l'enfant naturel, en concours avec des ascendants, sont supérieurs à ceux qu'il a lorsqu'il est en concours avec des descendants légitimes. En effet, si la succession comprenait seulement un enfant légitime et un enfant naturel, celui-ci aurait comme réserve un tiers des biens, au lieu d'un quart.

D'autre part, il faut remarquer que lorsque la succession est recueillie par un ascendant légitime et un enfant naturel, l'ascendant laisse comme quotité disponible la moitié des biens, tandis que les descendants légitimes ne laissent que le tiers des biens.

Or, comment admettre que ce tiers puisse être absorbé par les enfants naturels, alors que quand ils sont en concours avec des ascendants, un quart des biens reste disponible, dans lequel les enfants naturels n'ont aucun droit ? Nous pensons qu'on devrait encore accorder aux enfants naturels la quotité disponible toute entière, soit la moitié de la succession.

Voici maintenant un cas dans lequel il n'est pas possible que la réserve de l'enfant naturel soit inférieure à celle de l'ascendant légitime.

Le défunt laisse son père P. et sa mère M. et un enfant naturel N.

$$\begin{array}{l} P = 1/4 \\ M = 1/4 \\ N = 1/4 \end{array} \left. \vphantom{\begin{array}{l} P \\ M \\ N \end{array}} \right\} 1/2$$

Nous voyons que l'enfant naturel a, dans ce cas, les mêmes droits qu'un ascendant légitime.

Au Vénézuéla, une distinction s'impose selon que le de cujus est homme ou femme. Dans le premiers cas, la réserve totale est de $\frac{2}{5}$ ^e dont $\frac{1}{5}$ ^e constitue la réserve des enfants naturels, et l'autre $\frac{1}{5}$ ^e, celle des ascendants (art. 871, al. 2).

Remarquons que les ascendants naturels sont héritiers réservataires comme les ascendants légitimes.

Si le de cujus est une femme, ses enfants naturels ayant la même condition juridique que les enfants légitimes, excluent les ascendants de tout droit à la réserve.

En Suisse, où l'enfant naturel a la même condition qu'un enfant légitime à l'égard tant de la mère que du père qui l'a reconnu, ou qui a été déclaré tel, les ascendant sont complètement exclus de la succession, et à plus forte raison de la réserve, si le défunt laisse des enfants naturels dont la filiation a été légalement établie.

c) *Concours avec le conjoint survivant.* — En droit français, le conjoint survivant n'est pas un héritier réservataire ; il l'est, par contre, en Suisse, en Espagne et au Vénézuéla.

Trois cas peuvent se présenter, dans ces législations :

a) *Concours de l'enfant naturel avec le conjoint survivant seulement.* — Dans le Code civil suisse, la réserve du conjoint survivant est égale à son droit de succession en propriété, soit un quart lorsqu'il est en concours avec des héritiers légaux. La réserve des descendants est les trois quarts de leur droit de succession (C. C., art. 471) et ce droit, dans le cas envisagé, est les trois quarts de tous

les biens. Il équivaut donc aux trois quart de trois quarts, soit aux $9/16^e$ des biens.

L'article 842 du Code civil espagnol déclare que « si le défunt ne laisse ni descendants ni ascendants légitimes, les enfants naturels ont comme réserve le tiers de la succession ». C'est ce qu'ils ont lorsqu'ils sont en concours avec le conjoint survivant. La réserve de ce dernier est de la moitié en usufruit de toute la succession (art. 837). Aussi, si la succession à recueillir s'élève à 3.000 francs, l'enfant ou les enfants naturels, pour leur réserve, auront, en *pleine propriété*..... 1.000 fr.

Le conjoint survivant, pour sa réserve, en usufruit 1.500 fr.

La quotité disponible sera de 1.500 fr. en nue-propriété et en pleine propriété..... 500 fr.

Total..... 3.000 fr.

Le Code civil vénézuélien accorde, dans ce cas, et si le de cujus est un homme, aux enfants naturels, une réserve égale au $1/5^e$ de la succession, et donne le même droit au conjoint survivant (art. 871).

Mais si le de cujus est une femme, on procédera comme si l'enfant naturel était légitime (art. 241). Aussi, en vertu de l'article 869, al. 2, pour la détermination de de la réserve de l'enfant naturel et du conjoint, on comptera le conjoint survivant comme un enfant en plus.

C'est ainsi que si le de cujus laisse un enfant naturel et son conjoint, la réserve est d'un quart pour chacun, car la réserve est de la moitié des biens du testateur, si celui-ci, à sa mort, ne laisse pas plus de deux enfants

légitimes, et de deux tiers s'il en laisse un plus grand nombre (art. 869, al. 1).

β) *Concours de descendants légitimes, d'enfants naturels et du conjoint survivant.* — En Suisse, la même solution que dans le cas précédent s'impose ici, puisque l'enfant naturel *suit la condition de la mère et du père qui l'a reconnu ou qui a été déclaré tel*. Les descendants ont une réserve des $9/16^e$ des biens qui est distribué entre les enfants légitimes et les enfants naturels selon les règles indiquées. C'est ainsi que si le de cujus est un homme et laisse un enfant légitime et un enfant naturel, celui-ci aura une réserve des $3/16^e$ des biens et l'enfant légitime des $6/16^e$. Mais si le de cujus est une femme, chacun aura droit aux $9/32^e$.

Le conjoint survivant a toujours comme réserve le quart de la succession.

Le Code civil espagnol s'exprime ainsi : « Le veuf ou la veuve qui, à la mort de son conjoint, n'était pas séparé de corps, ou qui l'était par la faute de l'époux défunt, aura droit à une part en usufruit, égale à celle que la réserve donne à chacun de ses enfants ou descendants légitimes *no mejorados*.

Le veuf ou la veuve aura l'usufruit du tiers destiné à *mejora*, s'il n'y a qu'un seul enfant ou descendant ; ce dernier aura la nue-propriété jusqu'à ce que, à la mort de l'époux survivant, il la réunisse à l'usufruit (art. 834).

La part héréditaire, assignée en usufruit à l'époux veuf, devra être prélevé sur le tiers destiné à *mejora* (art. 835).

Dans le cas où des enfants de deux ou plusieurs

mariages sont en concurrence, l'usufruit appartenant à l'époux veuf du second mariage, se prendra sur le tiers de libre disposition des parents (art. 839). »

De l'application de ces textes diverses hypothèses peuvent se présenter.

1) *Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes avec un enfant légitime et avec le conjoint survivant.* — La réserve du conjoint survivant est constituée par l'usufruit du second tiers désigné par la loi comme quotité disponible en faveur des enfants légitimes (*mejora*).

Ainsi, les deux tiers en pleine propriété constituant la réserve de l'enfant légitime sont réduit à un tiers en pleine propriété, et un tiers en nue-propriété.

Mais si la réserve de l'enfant naturel est égale à la moitié de celle d'un enfant légitime *no mejordo*, il doit contribuer aussi proportionnellement à former la réserve du conjoint survivant.

Si la succession se compose, par exemple, de 90.000 fr., l'enfant légitime en aura un tiers en pleine propriété, soit 30.000 fr.
et un tiers en nue-propriété..... 30.000 fr.

Le conjoint survivant, un tiers en *usufruit*.
et l'enfant naturel, ou en sa représentation
ses descendants légitimes, n'ayant droit qu'à
la moitié de la réserve de l'enfant légitime
no-mejorado, recevra $1/6^e$ en *pleine propriété* 15.000 fr.
et $1/6^e$ en *nue-propriété*..... 15.000 fr.
quotité disponible, 15.000 en usufruit.

Total..... 90.000 fr.

2) *Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes, d'enfant légitimes ayant reçu la totalité de la mejora et du conjoint survivant.* — Supposons qu'un héritage de 90.000 fr. soit recueilli par deux enfants légitimes A. B., un enfant naturel et le conjoint survivant :

A. recevra pour sa <i>mejora</i> totale .		
en pleine propriété	15.000	»
en nue propriété.....	15.000	»
Le conjoint survivant en usufruit 15.000 fr. correspondant aux 15.000 fr. en nue pro- priété adjugée à A. (art. 834, al. 1, et 835)		
A. et B. enfants légitimes pour leur réserve, en pleine propriété.....	30.0000	»
L'enfant naturel ou en sa représentation ses descendants légitimes, la moitié d'un enfant légitime « <i>no mejorado</i> » soit en pleine propriété		
	7.500	»
Quotité disponible en pleine propriété..	22.500	»
Total.....	90.000	»

3) *Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes avec des enfants légitimes ayant reçu une partie de la mejora et le conjoint survivant.* — Prenons le même exemple que dans le cas précédent et supposons que A. est « *mejorado* » de 20.000 fr. :

A. recevra pour sa « <i>mejora</i> » partielle en nue pro- priété		
	20.000	»
A. et B. pour leur réserve en pleine pro- priété		
	40.000	»

Le conjoint survivant en usufruit 20.000 fr. formé par les 20.000 fr. que A. reçoit en nue propriété (art. 834). L'enfant naturel, ou en sa représentation ses descendants légitimes, la moitié d'un enfant légitime <i>no mejorado</i> soit en <i>pleine propriété</i>			10.000 »
Quotité disponible en <i>pleine propriété</i> ...			20.000 »
Total.....			90.000 »

Nous voyons, que dans toutes ces hypothèses, les droits du conjoint s'exercent sur le deuxième tiers destiné à la *mejora* des enfants légitimes.

4) *Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes, avec des enfants légitimes de lits différents et le conjoint survivant.* — Le conjoint survivant, en concours avec des enfants légitimes a une quote part en usufruit, égale à celle d'un enfants légitime « *no mejorado* » (art. 834, Code civil). Mais dans notre hypothèse, l'usufruit du conjoint survivant ne peut-être déduit que du tiers des biens qui forme la véritable quotité disponible des parents (art. 839).

Or, il se peut que les droits des enfants naturels et ceux du conjoint survivant ne soient pas satisfaits avec ce tiers. Le Code n'a pas prévu ce conflit. C'est ainsi que si le défunt laisse deux enfants légitimes de lits différents sans « *mejora* », un enfant naturel et son conjoint, la quote part de chaque enfant légitime est du $\frac{1}{3}$ des biens en pleine propriété, celle de l'enfant naturel $\frac{1}{6}$ en pleine propriété, et celle du conjoint survivant du $\frac{1}{3}$ en usufruit; ce dernier ne laisse donc de la quotité

disponible que la nue propriété et l'enfant naturel ne pourra pas avoir son $1/6^e$ en pleine propriété. Il n'aura que la nue-propriété du tiers (29).

Par contre, si le défunt laisse quatre ou un plus grand nombre d'enfants légitimes de divers lits *no mejorados* et un enfant naturel, la quotité disponible pourra suffire largement à la part de l'enfant naturel et à celle du conjoint survivant.

Supposons qu'il y ait six enfants légitimes, chacun d'eux aura $2/18^e$ en pleine propriété, l'enfant naturel $1/18^e$ en pleine propriété et le conjoint survivant $2/18^e$ en usufruit. La quotité disponible étant de $6/18^e$, le $1/18^e$ de l'enfant naturel en pleine propriété et les $2/18^e$ en usufruit du conjoint, pourront être satisfaits.

Dans ces derniers exemples, nous avons supposé que le *de cujus*, n'a pas fait de « *mejora* ». Mais il se peut que le défunt use de la faculté que lui accorde la loi de favoriser certains de ses enfants légitimes.

Supposons qu'il y ait deux enfants légitimes de lits différents et un enfant naturel. L'un des enfants légitimes est gratifié d'une « *mejora* » de la moitié du second tiers destiné à « *mejora* », soit d'un sixième des biens; ainsi, chacun des deux enfants légitimes reçoit en pleine propriété, comme réserve $\left(\frac{2/3 - 1/6}{2} \right) = 3/12$

L'enfant légitime « *mejorado* » prend ainsi en tout, en pleine propriété $3/12^e + 1/16^e = 5/12^e$. L'enfant naturel en pleine propriété $2/24^e$ et nue-propriété $1/24^e$.

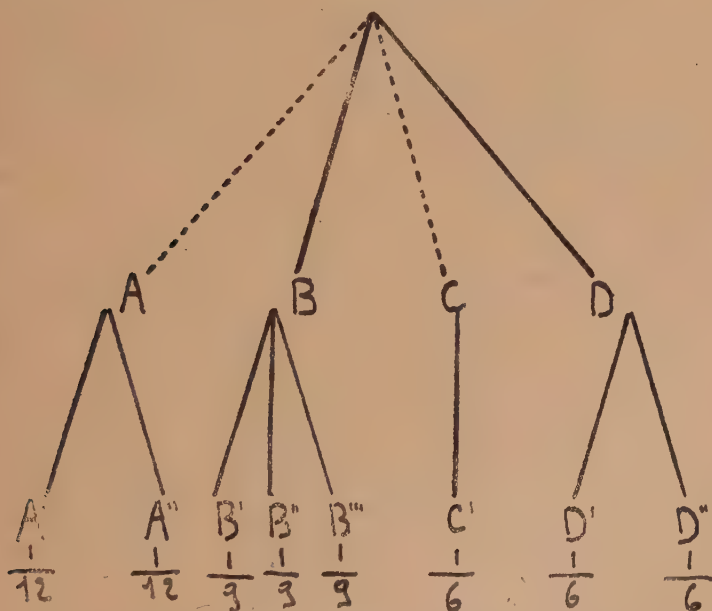
Le conjoint survivant en usufruit $3/12^e$.

Quotité disponible en nue-propriété $5/24^e$.

Total : $12/12^e$.

Dans ce cas aussi, les droits de l'enfant naturel ne peuvent pas être entièrement satisfaits, car la quotité disponible, étant de $\frac{1}{3}$ en pleine propriété, ne peut contenir en usufruit que les $\frac{2}{12}$ ^e du conjoint plus $\frac{2}{24}$ ^e qu'on attribuera à l'enfant naturel au lieu de $\frac{3}{24}$ ^e.

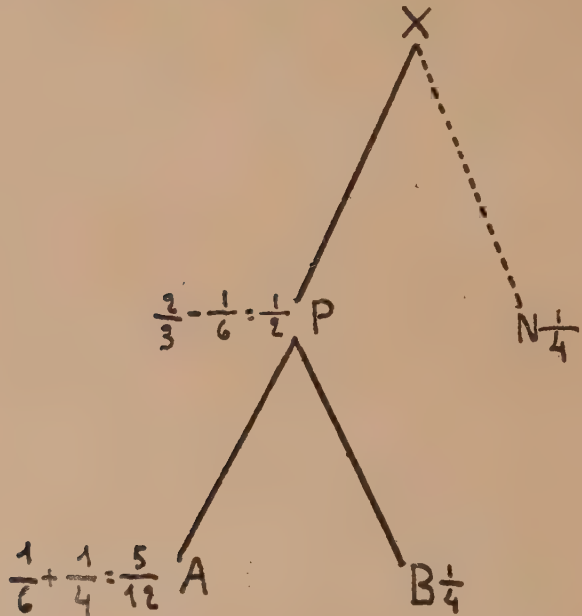
5) *Concours des descendants légitimes d'enfants naturels avec des descendants légitimes d'enfants légitime no meyorados.* — Succession, 90.000 francs.



Le défunt laisse deux enfants légitimes B et D et deux enfants naturels A. et C. Tous ayant prédécédés sont représentés par leur descendants légitimes ; même les enfants naturels peuvent être représentés par ses enfants légitimes (art. 941). L'avoir héréditaire sera réparti par souches, c'est ainsi que :

A' et A'' auront chacun comme réserve 1/12	7.500 »
de la succession, soit les deux.....	7.500 »
B', B'' et B''' auront chacun comme réserve	10.000 »
1/9 de la succession, soit les 3.....	10.000 »
C' aura comme réserve 1/6 de la succes-	15.000 »
sion, soit	15.000 »
D' et D'' auront chacun comme réserve 1/6	15.000 »
de la succession, soit les deux.....	15.000 »
Total.....	90.000 »

6) *Concours d'enfant naturel avec descendants légitimes ayant reçu une partie de la mejora.* — Succession, 90.000 francs.



A et B, enfants légitimes de P., enfant légitime prédécédé du de cujus N., enfant naturel du de cujus.

Nous supposons que A. est avantagé avec la moitié du tiers destiné « *a mejora* ». Il en résultera que :

A. aura comme « *mejora* » $1/6^e$ de la succession, soit 15.000 »

comme réserve $\left(\frac{2/3 - 1/6}{2}\right) = 1/4$, soit..... 22.500

B. comme réserve $\left(\frac{2/3 - 1/6^e}{2}\right) = 1/4$, soit 22.500 »

N. aura comme réserve la moitié de la réserve de P., soit $\left(\frac{2/3 - 1/6}{2}\right) = 1/4$, soit 22.500 »

Quotité disponible..... 7.500 »

Total..... 90.000 »

7) La même hypothèse précédente, mais avec *mejora total* du $1/3$ au profit de A. :

A. aura comme *mejora* $1/3$, soit..... 30.000 »

comme réserve $\left(\frac{2/3 - 1/3}{2}\right) = 1/6^e$, soit... 15.000 »

B. comme réserve la même quotité $1/6^e$, soit 15.000 »

N. aura comme réserve la moitié du $1/3 = 1/6^e$, soit..... 15.000 »

Quotité disponible..... 15.000 »

Total..... 90.000 »

En droit *vénézuélien* aucune difficulté ne se présente si le *de cujus* est un homme, car les enfant naturels sont exclus de la succession de leur père par les enfants légitimes.

Dans la succession de leur mère on procède à leur égard comme pour les descendants légitimes.

γ) *Concours avec des ascendants légitimes et le conjoint survivant.* — Ce cas ne se présente pas en Suisse où l'enfant naturel prime les ascendants.

Dans le Code civil espagnol, si le défunt ne laisse pas de descendants légitimes, mais des ascendants légitimes, le conjoint survivant a droit à l'usufruit du tiers de la succession (art. 836), qui est pris sur la quotité disponible.

Nous avons vu que l'enfant naturel, en concours avec des ascendants, a droit à la moitié de la quotité disponible soit, dans ce cas, un quart (art. 841, al. 1^{er}).

Mais comment accorder au conjoint survivant l'usufruit du $\frac{1}{3}$ de la succession ($\frac{4}{12}$), et aux enfants naturels la pleine propriété du $\frac{1}{4}$ ($\frac{3}{12}$) alors que la quotité disponible n'est que la moitié de la succession ($\frac{6}{12}$) ?

Le Code civil trancha la difficulté en faveur du conjoint survivant. Son art. 841, al. 2, impose aux enfants naturels la réduction de l'usufruit de leur part qui doit parfaire la légitime du conjoint survivant.

Le Code civil vénézuélien, si le *de cujus* est un homme, réserve un sixième de la succession aux enfants naturels, un sixième aux ascendants et un sixième au conjoint survivant (art. 871). Mais si le *de cujus* est une femme, les ascendants étant exclus par les descendants, on procédera comme s'il s'agissait de conjoint survivant et des descendants légitimes.

δ) *Concours avec des collatéraux privilégiés.* — En droit français les collatéraux privilégiés viennent en concours avec les enfants naturels à qui la loi accorde

alors les $\frac{3}{4}$ de ce qu'ils auraient eu s'ils eussent été légitimes. Or, la réserve des enfants légitimes étant, suivant leur nombre, la moitié, deux tiers ou trois quart des biens, celle des enfants naturels sera les $\frac{3}{4}$ de la $\frac{1}{2} = \frac{3}{8}$; les $\frac{3}{4}$ des $\frac{2}{3} = \frac{6}{12}$.

Dans les législations suisse, espagnole et vénézuélienne, l'existence des collatéraux privilégiés est sans conséquence sur les droits de l'enfant naturel, comme héritier réservataire.

En Suisse, les enfants naturels gardent les trois quarts de la succession.

En Espagne et au Vénézuéla, à l'égard du père, sauf les cas sus-énoncés, l'enfant naturel a toujours comme revenu à un tiers de la succession. (Code civil espagnol, art. 842, Code civil vénézuélien, art. 871, al. 4.)

e) *Concours avec des collatéraux ordinaires.* — Dans ce cas, en droit français, les droits de l'enfant naturel sont égaux à ceux de l'enfant légitime, car il prend toute la succession (art. 760).

Il va sans dire qu'en droits suisse, espagnol et vénézuélien les droits de l'enfant naturel, comme héritier réservataire, sont ici les mêmes que dans le cas précédent.

SECTION III. — RÉSERVE PASSIVE

Réserve des ascendants. — En droit français le père et la mère naturels ont-ils un droit de réserve dans la succession de leur fils ? Le Code civil ayant gardé le silence sur ce point et la loi de 1896 l'ayant imité, on doit en conclure à l'inexistence de ce droit, car la

réserve est une restriction du droit de propriété qui, comme toute restriction, ne peut-être imposée que par un texte (30).

Cependant, on a soutenu l'opinion contraire (31) en s'appuyant sur le principe de réciprocité en matière de succession. L'enfant naturel, dit-on, a une réserve sur les biens de ses père et mère, il est juste d'accorder à ceux-ci les mêmes droits sur les biens de leur enfant. Mais il faut remarquer que la réciprocité invoquée n'est pas toujours observée. Par exemple, la représentation existe au profit des descendants (art. 740) et pourtant les ascendants sont privés de ce droit (art. 741). L'adopté est héritier de l'adoptant (art. 357), qui ne recueille rien cependant dans la succession de l'adopté (art. 358). En outre, à défaut de descendants, les père et mère naturels recueillent toute la succession de l'enfant (art. 765), tandis que celui-ci n'a droit à toute la succession de ses parents que s'ils ne laissent aucun parent à un degré déterminé spécialement par la loi (art. 760).

D'autre part, on a tiré du terme ascendant, employé par l'article 914, un argument en faveur de la réserve des père et mère naturels. On interprète le mot ascendant dans un sens large comprenant les ascendants légitimes et naturels. Mais, on peut répondre que l'art. 914, al. 2, ne vise que les ascendants légitimes, car il prévoit l'hypothèse d'un concours d'ascendants et collatéraux

(30) Dans ce sens, Aubry et Rau, 5^e édition, t. XI, p. 16, parag. 680, note 4 ; Huc, op. cit., VI, n° 149 ; Laurent, XII, n° 53 ; Delvincourt, I, p. 66 ; Marcadé, sur l'art. 915, n° 3 ; Demolombe, XIX, 184 ; Civ. Cass., 28 janv. 1862. S. 62-1-534 ; Ch. réunies Cass., 12 décembre 1865. S. 66-1-73 ; Douai, 29 fév. 1912. S. 12-2-216.

(31) Loiseau, p. 693 ; Req. Rej., 3 mars 1846. S. 46-1-212.

qui n'existe point lorsqu'il s'agit d'ascendants naturels.

Enfin, de ce que les père et mère naturels ont un droit de succession *ab-intestat*, on ne saurait conclure qu'ils ont un droit à la réserve, car beaucoup d'héritiers appelés à la succession *ab-intestat*, sont cependant dépourvus de la réserve.

L'article 807, al. 3^e, du Code civil espagnol considère les père et mère naturels comme héritiers réservataires. L'art. 846 le confirme : « Ce droit de succession, déclare-t-il, que la loi donne aux enfants naturels, appartient par *réciprocité, dans les mêmes cas, au père et à la mère naturels* ».

La réciprocité proclamée par ce texte est impossible à appliquer, car les droits que la loi reconnaît au père et à la mère dans la succession de leur enfant, ne peuvent pas être les mêmes que les droits de cet enfant dans leur succession.

L'enfant naturel peut succéder à ses père et mère même s'il se trouve en concours avec des descendants légitimes, ou avec des ascendants légitimes. Au contraire, le père et la mère naturels ne peuvent venir à la succession de leur enfant naturel que si celui-ci ne laisse pas des descendants légitimes. Mais ils viennent en concours avec tous les autres héritiers réservataires, et *à fortiori*, avec les non réservataires.

Mais quelle est la réserve des père et mère naturels ? La loi ne l'ayant pas dit, nous sommes obligés d'appliquer ici, par réciprocité, l'art. 842, qui accorde à l'enfant naturel dans la succession de ses père et mère décédés sans laisser de descendants ni d'ascendants légitimes, une réserve égale au tiers des biens. Ainsi

les père et mère naturels auront une réserve d'un tiers de la succession de leur enfant naturel qu'ils partageront par moitié si tous les deux viennent à la succession (32).

Le Code civil vénézuélien reconnaît aussi les ascendants naturels comme héritiers réservataires. Son article 871 déclare : « Si le testateur était un homme qui n'a pas laissé de descendants légitimes, mais son conjoint, un ou plusieurs *ascendants* légitimes ou *naturels*, et des enfants naturels, la réserve sera des trois sixième de l'héritage, un sixième pour les ascendants, un sixième pour le conjoint et un sixième pour les enfants naturels.

A défaut de conjoint ou d'enfants naturels, la réserve sera de $2/5^e$, un cinquième pour les ascendants et un cinquième pour le conjoint ou pour les enfants naturels.

A défaut de conjoint et d'enfants naturels, la réserve des ascendants sera d'un tiers de la succession ».

Si le testateur est une femme, les ascendants sont exclus par les enfants légitimes ou les enfants naturels, puisque ces derniers sont assimilés, à l'égard de la mère, aux enfants légitimes.

Il se peut qu'il y ait plusieurs ascendants, dans ce cas la réserve appartiendra aux plus proches dans chacune des deux lignes (art. 871, al. 7).

En Suisse et en Allemagne, à l'égard de la mère, tout se passe comme si l'enfant naturel était légitime.

(32) Sanchez Roman, 2^e édit., op. cit., t. VI, p. 926 à 928.

SECTION IV

Incapacité de recevoir de l'enfant naturel

Seul le Code civil français, parmi les législations que nous étudions, se montre hostile à ce que l'enfant reçoive des libéralités de ses père et mère naturels. Son art. 908, modifié par la loi de 1896, déclare : « Les enfants naturels légalement reconnus, ne pourront rien recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui leur est accordé au titre *des successions*. Cette incapacité ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses ascendants, par ses frères et sœurs et les descendants légitimes de ses frères et sœurs.

Le père ou la mère qui l'ont reconnu, pourront lui léguer tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois qu'en aucun cas, lorsqu'il se trouve en concours avec des descendants légitimes, l'enfant naturel puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. »

Le Code civil de 1804 ne faisait pas de distinction entre les donations et les legs. Les enfants naturels étaient frappés de la même incapacité pour recevoir des libéralités sous ces deux modes. Il n'en est plus ainsi depuis la loi de 1896.

Donations entre vifs. — La loi de 1896 maintient les dispositions du Code civil de 1804, l'incapacité de l'enfant naturel à recevoir par donation entre vifs au delà de ce qui lui est accordé au titre *des successions*.

Mais cette quote-part successorale ne peut être connue qu'au moment de l'ouverture de la succession. Aussi,

c'est à cette époque seulement que l'on pourra se prévaloir de la disposition de l'article 908.

On ne tient pas compte des héritiers renonçants ou indignes. Ils sont exclus de la succession. Néanmoins, l'enfant naturel renonçant à la succession ou étant décédé avant le testateur, conserve les libéralités reçues dans la mesure fixée par la loi.

A quelles donations s'applique l'article 908 ? Cet article ne contenant pas de distinction, il faut l'appliquer à toutes les donations, même à celles qui sont déguisées sous la forme d'un contrat onéreux ou qui sont faites par personnes interposées. Mais doit-on considérer les descendants légitimes de l'enfant naturel, comme personnes interposées ? Une distinction s'impose. Si la libéralité est faite du vivant de l'enfant naturel, il n'y a aucun doute. Ses descendants légitimes seront réputés interposés. Si, au contraire, l'enfant naturel est décédé avant que la donation soit faite, il ne peut plus être question de personnes interposées. L'enfant naturel n'ayant rien reçu, ni directement, ni indirectement, les donations faites à ses descendants, n'entreront pas en compte pour l'application de l'article 908, car ce texte ne vise que l'enfant naturel (33).

Legs. — Ici, la loi de 1896 se montre moins sévère envers l'enfant naturel ; elle lui permet de recevoir des legs tant qu'ils ne dépassent pas la part d'un enfant légi-

(33) Baudry Lacantinerie, t. III, n° 904, p. 486-487, édit. 1928 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, I, n° 466 ; Cass., 13 avril 1840. S. 40-1-440 ; Cass., 28 mai 1878. S. 79-1-337 ; Cass., 21 juil. 1879. S. 80-1-31. Voir cependant Duranton, t. VIII, n° 247 ; Demolombe-Sonations, t. I, n° 561 et successions, I, n° 561 ; Toullier, IV, n° 260.

time le moins prenant. Les libéralités à lui faites pourront absorber toutefois toute la quotité disponible.

En concours avec deux enfants légitimes, il pourra recevoir le tiers de la succession. Cette disposition de la loi de 1896 est un pas vers l'assimilation de l'enfant naturel à l'enfant légitime. « Le législateur, disent MM. Planiol et Ripert (34), n'a pas osé le faire lui-même, il a permis aux parents de le faire. »

La différence ainsi établie entre les donations et les legs a été justifiée à la Chambre par ces mots : « la donation est dans notre Code, un acte irrévocable ; elle peut être le fruit d'un mouvement spontané, irréfléchi et ne présente aucune des garanties nécessaires en cette matière. Aussi, ne saurait-elle convenir ici ; seul le testament, acte toujours révocable, manifestation, quand il reçoit son exécution, d'une volonté persévérante jusqu'à l'heure de la mort, peut remplir ce but » (35).

Cependant, nous croyons que la donation, si elle est susceptible comme le testament, de donner lieu à la capitation, offre de meilleures garanties. Elle s'effectue dans un contrat passé devant notaire, tandis que le testament, qu'il est licite de faire par acte sous seing privé, peut être arraché au testateur sur son lit de mort. La donation dépouillant actuellement le donateur, lui fait mieux sentir la gravité de son acte que le testament, qui ne le prive pas de la jouissance de ses biens (36).

D'autre part, nous croyons que la différence entre les deux modes de libéralités est plutôt théorique que prati-

(34) Planiol et Ripert, *op. cit.*, tome III, p. 808, n° 2946, 10^e édit.

(35) Rapport de M. Julien à la Chambre.

(36) Baudry Lacantinerie, *op. cit.*, III, p. 487, n° 899.

que. En effet, on peut transformer la donation en legs. Il suffit que le donateur répète sa libéralité dans son testament pour que l'enfant gratifié conserve la donation dans les mêmes limites que les legs.

SECTION V

Nature juridique de la restriction de l'article 908 Sa Sanction

Etablit-elle une disponibilité réelle d'une partie de la succession ou une incapacité de recevoir ? Avant la loi de 1896, la question était controversée. En faveur de l'indisponibilité on invoquait que la réduction des libéralités ne peut être déterminée qu'au moment de l'ouverture de la succession et qu'elle est subordonnée à la qualité et au nombre des héritiers, ainsi qu'à la masse successorale. Aussi, on ne peut que réduire et non annuler les libéralités. Demolombe, lui, considérait l'article 908, non seulement comme établissant une incapacité de recevoir, mais aussi comme créant une réserve *sui-generis* en faveur des parents légitimes à l'encontre des enfants naturels (37).

La majorité de la doctrine prétendait que l'article 908 n'instituait qu'une incapacité de recevoir, étant placé dans le chapitre intitulé « De la capacité de disposer ou de recevoir ». Aussi, c'était une action en nullité et non en réduction qu'il ouvrait à tout intéressé (38).

(37) Demolombe, t. XIV, n° 83, voir notamment, Marcadé, I, sur l'art. 3, n° 4.

(38) Voir notamment Aubry et Rau, 5^e éd., t. X, parag. 650 *bis*, note 23 ; Demante, t. IV, n° 28 ; Planiol et Ripert, t. III, n° 2953, p. 810, 10^e édit.

Cette controverse que nous ne faisons que signaler, n'était pas sans importance, puisque de la solution adoptée dépendait la nature juridique de l'action intentée en vertu de cet article 908.

La loi de 1896 a consacré la solution proposée par la majorité des auteurs. Elle décide qu'il s'agit d'une incapacité de recevoir, car les titulaires de l'action sont limitativement déterminés (39).

« Cette incapacité, dit l'article 908, al. 2, ne pourra être invoquée que par les descendants du donateur, par ses ascendants, par ses frères et sœurs et les descendants légitimes de ses frères et sœurs. »

Ceux-ci pourront obliger l'enfant naturel à imputer sur sa part la libéralité reçue et à faire la remise de l'excédent à la succession. C'est en leur qualité d'héritiers légitimes, qu'ils pourront intenter l'action. D'autres ne pourraient se plaindre d'une lésion.

SECTION VI

Possibilité d'éliminer l'enfant naturel de la succession

Sous l'empire du Code civil de 1804, le père ou la mère avait à sa disposition un moyen d'écarter l'enfant naturel de sa succession. L'article 761 déclarait : « Toute réclamation leur (enfants naturels) est interdite, lorsqu'ils ont reçu du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles pré-

(39) Sous l'empire du Code, la jurisprudence avait une tendance à étendre ce droit à toute personne intéressée, même aux légataires, car on faisait intervenir l'ordre public ; Lyon, 23 mars 1855. D., p. 56-2-3 ; Cass., 7 fév. 1865. S. 65-1-105 ; Paris, 6 août 1872. D. 73-2-174.

cédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père ou mère que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. »

On justifiait cette disposition en invoquant l'utilité qu'il y avait pour la famille à ce qu'elle pût se débarrasser d'un « créancier odieux ».

Mais ce but n'était pas atteint le plus souvent, car l'enfant intervenait au partage, pour constater s'il avait reçu tout ce à quoi il avait droit.

L'article 761 fût aboli par la loi du 25 mars 1896.

Il n'était pas juste « que le père put abuser de la misère et des passions de l'enfant naturel pour lui enlever une partie de son patrimoine » (40).

Mais *quid* si l'enfant avait reçu, avant la loi de 1896, des donations faites selon les dispositions de l'article 761 ? Sans doute, elles doivent produire leur effet en vertu du principe de la non rétroactivité des lois. Mais la moitié de la part héréditaire à laquelle l'article 761 fait allusion doit-elle être déterminée d'après le Code civil ou d'après la loi de 1896 ?

L'article 9 de la loi de 1896 (disposition transitoire) résout la question en faveur de l'enfant naturel. Il déclare : « Toute réclamation sera interdite à l'enfant naturel lorsqu'il aura reçu du vivant de ses père et mère, avant la date de la promulgation de la présente loi, la moitié de ce qui lui est attribué par les articles 758, 759, 760 et 761 précédents, avec déclaration expresse de son père ou sa mère que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignés. Dans le cas

(40) Rapport de M. Dauphin au Sénat.

où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire à cette moitié. »

Cependant, l'enfant naturel qui a reçu une donation bien inférieure à la moitié de sa part héréditaire, peut exiger la totalité de cette part, car le préjudice qu'il subit n'est pas compensé par la jouissance anticipée des biens qui lui ont été donnés (41).

En Espagne, le Code civil, dans son article 840, al. 2, accorde aux enfants légitimes la faculté de fournir la part revenant aux enfants naturels en argent ou en d'autres biens, d'après une juste estimation ».

Le but de cette disposition est d'éviter entre les enfants légitimes et les enfants naturels, les conflits qui peuvent se présenter, non seulement lors du partage, mais aussi, lorsque l'indivision de certains biens est nécessaire. L'article 840, al. 2, donne aux enfants légitimes une faculté. En conséquence, ils ne peuvent pas être obligés par les enfants naturels à exécuter cette disposition et, par contre, ils peuvent contraindre ces enfants naturels d'accepter le paiement de leurs droits successoraux, à condition que ces droits soient justement estimés. La juste estimation implique nécessairement que le partage soit effectué. Autrement, on ne pourrait pas fixer exactement les droits successoraux de chacun. Cependant, il se peut que le prix de la part successorale des enfants naturels soit déterminé avant tout partage, en vertu

(41) Campistron, *Droits successoraux de l'enfant naturel d'après la loi de 1896*, p. 40, n° 42, 2^e édit. 1905.

d'une transaction librement passée entre eux et les enfants légitimes.

Quant au mode de paiement, la loi accorde une autre faculté aux enfants légitimes, avons-nous vu. Ils peuvent fournir la part des enfants naturels en argent ou en autres biens. Et bien que cela ne soit pas précisé dans l'article 840, nous croyons que rien ne s'oppose à ce que le paiement soit fait pour partie en argent et pour partie en nature.

Rappelons aussi l'article 1712 du Code civil allemand, bien qu'il vise une autre hypothèse, qui accorde aux héritiers du père le droit de désintéresser l'enfant naturel en lui payant la somme qui lui reviendrait comme réserve s'il était légitime. De même, le Code civil suisse, article 322, autorise les héritiers du père à désintéresser l'enfant naturel en lui remettant sa part successorale.

DROIT INTERNATIONAL

Les effets de la reconnaissance volontaire et forcée, sont régis par la loi personnelle de l'enfant. Mais ceux qui sont de l'intérêt du père sont régis par la loi personnelle du père. C'est ainsi que la créance alimentaire que l'enfant a contre son père, sera régie par la loi personnelle de ce dernier.

Par contre, les effets en faveur de l'enfant, tel que la puissance paternelle, seront régis par la loi personnelle de l'enfant.

(42) Weiss, 8^e édit., p. 515, op. cit.

Conclusion

Dans cette étude, nous venons de constater qu'il y a une tendance très nette à assimiler les enfants naturels aux enfants légitimes.

Parmi les législations que nous avons considérées, les quatre codes les plus récents (allemand, suisse, brésilien, vénézuélien) sont en avant à ce sujet.

L'assimilation y est plus complète à l'égard de la mère qu'à l'égard du père, car elle est aidée par la certitude de la maternité qui conduit naturellement à établir une règle unique pour la détermination du lien de filiation.

C'est ainsi que dans certaines législations (suisse, allemande) la maternité naturelle résulte légalement du seul fait de la naissance.

Par contre la paternité est incertaine et cela a empêché que l'assimilation soit complète à l'égard du père. Il n'y a pas pour les enfants naturels une présomption de paternité comme celle que la loi établit en faveur des enfants nés du mariage (*pater is est...*) et dans les législations qui l'admettent (allemande et suisse) non seulement les effets en sont limités, mais il suffit, pour la faire tomber, que le père oppose l'*exceptio plurium constupratorum*. Le mari, au contraire, ne peut désavouer l'enfant en invoquant seulement l'adultère de sa femme

à l'époque de la conception, il est nécessaire qu'il prouve l'impossibilité physique où il est d'être le père.

Mais une fois écartée, l'incertitude de la paternité par une reconnaissance volontaire ou forcée, les législations les plus modernes (Brésil et Suisse) accordent à l'enfant naturel les mêmes droits que s'il était légitime.

Cette tendance égalitaire a été à tort toujours vivement combattue et l'on a prétendu justifier l'infériorité de l'enfant naturel par rapport à l'enfant légitime.

On invoque la nécessité de protéger la famille par des dispositions légales, afin que la Nation qui est constituée par l'ensemble des familles, soit rendue plus forte par leur développement. On voit, en effet, dans le mariage, l'unique source de natalité qui ne soit pas une charge pour l'Etat, étant donné la pratique de l'abandon des enfants naturels aux soins de l'assistance publique.

D'autre part, on considère le mariage comme l'une des principales causes de la stabilité d'un Etat. En effet, dit-on, un père de famille, par les liens et les devoirs qu'il a créés, n'a d'autre préoccupation que le bonheur de sa famille et ne peut désirer, en conséquence, que la tranquillité de son pays.

Après cette apologie du mariage, on s'arme pour punir le concubinage. Mais de quel moyen ? Est-ce par une sanction directe ou indirecte ?

C'est le moment de se rappeler Bossuet, pour répondre à cette question : « Punir les pères dans la personne de leur enfant, disait ce grand théologien, c'est les punir dans leur bien le plus réel ; c'est les punir dans une partie d'eux-mêmes que la nature leur a rendue plus chère que leurs propres membres et même que leur pro-

pre vie (1). » A l'aide de cette phrase, nous pouvons deviner quelle va être la victime choisie : l'enfant naturel. En punissant celui-ci, prétend-on, on atteindra le père qui sera déterminé à abandonner le concubinage et à embrasser le mariage.

Voilà à peu près quels sont les principaux arguments amenés sous la plume des juristes pour combattre la tendance à établir l'égalité entre les enfants naturels et légitimes.

Non seulement leur argumentation conduit à l'injustice, elle manque aussi son but (2). Elle est injuste, car aucune institution ne mérite d'être protégée, si l'on a d'autre moyen pour cela que de sacrifier des innocents. Les enfants ne peuvent être responsables des fautes de leur père.

« Dans un Gouvernement fondé sur la liberté, disait Cambacérès, les individus ne peuvent être victimes des fautes de leur père. L'exhérédation est la peine des

(1) De la connaissance de Dieu et de soi-même, t. IV, n° 11, p. 224, nouvelle édit., 1878.

(2) Depuis la promulgation du Code civil-suisse, les enfants naturels ont diminué d'une manière sensible.

année	Enfants nés vivants	
	légitimes	illégitimes
1915	72.102	3.443
1916	70.404	3.256
1917	68.705	3.360
1918	69.165	3.493
1919	69.001	3.124
1920	77.599	3.595
1921	77.491	3.317
1922	73.456	2.834
1923	72.791	2.760
1924	70.820	2.688
1925	69.927	2.643
1926	69.390	2.728
1927	66.740	2.793

Voir Annuaire Statistique de la Suisse, 1927, p. 64.

grands crimes ; l'enfant qui naît en a-t-il commis ? Et si le mariage est une institution précieuse, son empire ne peut s'étendre jusqu'à la destruction de l'homme et des droits des citoyens. »

Toutes ces raisons sont assez fortes pour condamner l'institution qui frappe l'enfant à la place de son auteur.

En second lieu, les conséquences de cette institution ne sont pas celles que l'on poursuit. On croit qu'en limitant les droits de l'enfant naturel, leur nombre diminuera et que les unions libres deviendront de plus en plus rares.

Ce raisonnement nous semble méconnaître les faiblesses de l'homme ; par ce moyen, la loi protège plutôt le concubinage, car aussitôt que l'homme est à l'abri des conséquences de son acte, qu'il les sait écartées par la loi, il ne connaît plus guère d'inconvénients à son libertinage. Il fait tous ses efforts pour empêcher la natalité, mais si la nature déjoue ses procédés, il prévoit la possibilité de se débarrasser de l'enfant naturel, en l'abandonnant.

Et si le législateur, redoutant un excès de dureté ou de tendresse du père, a senti le besoin de régler le sort de l'enfant naturel avec un soin minutieux, en lui reconnaissant un minimum de droits, n'a-t-il pas reconnu par là que le malheur de l'enfant n'affecte pas généralement le père d'une manière suffisante ?

Le plus souvent, si l'homme s'éloigne du mariage, c'est parce qu'il ne veut pas supporter les charges que cet état entraîne. Si dans l'union libre il ne se trouve jamais engagé, on peut donc dire qu'il a atteint son but.

Tout autre serait la situation s'il devait payer bien cher ses fautes. S'il savait que l'enfant naturel aurait les

mêmes droits qu'un enfant légitime, il éviterait le concubinage, courant le risque d'y engager sa liberté et sa fortune comme dans le mariage. Il embrasserait ce dernier état qui est bien vu par la société.

Pour ces raisons, nous ne pouvons que louer les législations qui tendent à assimiler le plus possible les enfants naturels aux enfants légitimes.

<i>Vu le Doyen,</i>	<i>Vu le Président,</i>
H. BERTHELÉMY.	HENRI LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

Bibliographie

- ALCUBILLA. — Diccionnario de la Adminitraccion espanola, sexta edición, Madrid, 1914-1923.
- ALLARD. — De la condition et des droits des enfants naturels. *Thèse*, Paris, 1896.
- ALONSO MARTINEZ. — El Codigo civil en sus relaciones con las legislaciones forales.
- AMIALE (L.). — De la preuve de la filiation hors mariage. *Thèse*, Paris, 1861.
- ASSER. — Eléments de droit international privé ou du conflit des lois. Traduit par A. Rivier, Paris, 1884-1922.
- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édition. Paris, 1897-1922.
- AUDINET. — *Revue de Droit international privé*, 1917.
- Avant projet HUBER, 1896.
- BARET (P.). — Histoire et critique des règles sur la preuve de la filiation naturelle en droit français et étranger, Paris, 1872.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 12^e édition, Paris, 1919.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHENEUX. — Des personnes, 1907 et 1908.
- BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN. — Paris, 1896.

- BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE. — Paris, 1896-1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE et WAHL. — Des successions, Paris, 1895-1905.
- BRUN. — La recherche de la paternité. Commentaire de la loi de 1912. Paris, 1913.
- CADRÈS. — Traité des enfants naturels, Paris, 1846.
- CAMPISTRON. — Des droits successoraux des enfants naturels, d'après la loi de 1896, 2^e édition, Paris, 1905.
- CASTAN J. — Derecho civil, Madrid, 1927.
- CHABOT. — Commentaire sur la loi des successions. Paris, 1839.
- CLEMENTE DE DIEGO F. — Curso elemental de Derecho civil espanol, comun *J. foral*, Tome VI, derecho de familia, Madrid, 1920.
- COCHE J. — Condition de l'enfant né hors mariage. *Thèse*, Paris, 1892.
- Code Civil Allemand de 1900. Traduction de l'Office de Legislation Etrangère et de Droit International, Paris, 1923.
- Code Civil des E. U. du Brésil de 1916, traduit par MM. Goulé, Daguin et d'Ardenne de Tizac, Paris, 1928.
- Código Civil chileno de 1855.
- Codice di commercio del Regno d'Italia, per F. M. Fiore, Gorla, Torino, 1883.
- Código Civil de Méjico, Méjico, 1928.
- Code Civil Néerlandais, Traduit en français et mise en concordance avec le Code Civil belge, par P. H. Haanebrink.
- Código Civil del Perú, Lima, 1920.

Código Civil portuguez, quinta edicao official, Lisboa, 1879.

Code Civil Suisse, Lausanne, 3^e édition.

Codes Civils Venezueliens de 1873, de 1896, de 1904, de 1916 et de 1922.

Código Penal español de 1929.

Code des Obligations Suisses, Lausanne, 3^e édition.

Code Pénal Vénézuélien de 1926.

AMBROISE COLIN. — De la protection de la descendance illégitime au point de vue de la preuve de la filiation. *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1902.

A. COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 4^e édition, Paris, 1923-1925.

COULON H. — De la condition des enfants naturels reconnus dans la succession de leurs père et mère, Paris, 1896.

CURTI A. — Manuel de Droit Civil et Commercial anglais, Paris, 1928.

CURTI-FORRER E. — Commentaire du Code Civil Suisse, traduit par Max E. Porret, Neuchâtel, 1912.

D'AGUSSEAU. — Œuvres, dissertation sur les bâtards, tome VII, Paris, 1772.

DECOPPET G. — L'enfant naturel et son père. Reconnaissance et action en paternité en droits autrichien, allemand, français et suisse. *Thèses*, Lausanne, 1917.

DELVINCOURT. — Cours de Code Civil, Paris, 1819.

DEMANTE. — Cours analytique du Code Civil, Paris, 1881.

DEMOFILO DE BUEN. — Curso Elemental de Derecho Civil par A. Colin et Capitant, traducción de la última edición francesa por la redacción de la Revista general de Legislación y Jurisprudencia, con no-

- tas sobre el Derecho civil espanol por Demôfilo de Buen, Tomos I à VIII, Madrid, 1926, 1927, 1928.
- DEMOLOMBE. — Cours de code Napoléon, Paris, 1869-1882.
- *Revue de Législation et Jurisprudence*, T. I.
- DESPAGNET. — Manuel de Droit Civil International, 5^e édition, Paris, 1909.
- A. V. DICEY et E. STOCQUART. — Le Statut personnel anglais ou la Loi du domicile envisagée comme branche du droit anglais, T. I. Paris, 1887.
- DOMINICI A. — Comentarios al Dodigo Civil Venezolano de 1896. Caracas, 1897 à 1905.
- DURANTON. — Cours de droit français suivant le code civil Paris, 1928.
- Exposé des Motifs de l'Avant-Projet du Département fédéral de Justice et Police du 15 novembre 1900, Berne, 1901-1902 (3 volumes).
- Encyclopaedia of the Law of England, T. XI (Seconde Edition).
- FAVARD DE LANGLADE. — Répertoire de la Nouvelle Législation Civile, Paris, 1823.
- FENET. — Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil, Paris, 1836.
- GALOPIN. — La filiation illégitime et la vraisemblance de la paternité naturelle, Bruxelles, 1909.
- GARSONNET. — Procédure civile.
- GIDE P. — De la condition de l'Enfant Naturel en droit romain, Paris, 1880.
- GOOS. — Recherches sur les droits successifs des enfants naturels, Lyon, 1882.
- HUC T. — Commentaire théorique et pratique du Code Civil, Paris, 1892.

- JULLIOT DE LA MORANDIÈRE. — *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1910.
- KOENISWRATER. — Essai sur les législations des peuples anciens et modernes relatives aux enfants nés hors mariage, Paris, 1843.
- LAURENT. — Avant-Projet de révision du Code Civil, Bruxelles, 1882.
- Principes de Droit Civil français (3^e édition), Bruxelles, Paris, 1878.
- Droit International Privé, Bruxelles, Paris, 1890.
- LAVOLLÉE H. — Code Manuel de la recherche de la paternité, Paris, 1913.
- LEHR E. — Eléments de droit civil anglais, Paris, 1885.
- LÉVY-ULLMANN H. — Cours professé à la Faculté de Droit de Paris, 1928, 1929.
- LOCRE. — Législation Civile Commerciale et Criminelle de la France, Paris 1827.
- LHOSPIED H. — Etude sur la recherche de la paternité en droit comparé. *Thèse*, Paris, 1914.
- LOISEAU. — Traité sur les enfants naturels, Paris, 1819.
- MALPEL. — *Revue de Législation et Jurisprudence*, tome IV.
- MANRESA J. NAVARRO. — Comentarlos al Código Civil español, Madrid, 1903-1907.
- MARCADE. — Explication du Code Napoléon, 5^e édition, Paris, 1859. Manuel del Abogado, Madrid, 1924.
- MASSONIE. — De la reconnaissance des enfants illégitimes, Paris, 1890.
- MIGNONAC J. — Des enfants nés hors mariage dans l'ancien droit et en droit Romain. *Thèse*, Paris, 1875.
- MORELOT. — De la reconnaissance des enfants illégitimes, Paris, 1869.

- MUSCIUS SCAEVOLA Q. — Código Civil comentado J. concordado extensamente, Madrid, 1890.
- NIBOYET et PILLET. — Manuel de droit international privé (2^e édition). Paris, 1928.
- PAPILLIAN C. — Recherche de la paternité. *Thèse*, Paris, 1913.
- PLANIOI et RIPERT. — Traité élémentaire de Droit civil. Paris, 1926-1928.
- PLANIOI, RIPERT et SAVATIER. — Les Personnes.
- PLANIOI, RIPERT et ROUAST. — La Famille.
- PLANIOI, RIPERT, MAURY et VIALLETON. — Les successions.
- PETIT E. — Traité élémentaire de Droit Romain, Paris, 1913.
- PHILLIMORE ROBERT. — Commentaries upon International law, London, 1874.
- PROUDHON. — Traité en l'état des personnes (3^e édition), Paris, 1848.
- REHFOUS et MARTIN. — Introduction à l'étude du Code Civil Suisse, Genève, 1908.
- P. vista general de Legislacion J. Jurisprudencia*, Madrid, 1917.
- RICHEFORT. — Traité des familles naturelles et légitimes, Limoges, 1843.
- ROBERT H. — De la condition juridique de l'enfant naturel dans le Code Civil Suisse et Allemand. *Thèse*, Genève, 1912.
- ROLLAND DE VILLARGUES. — Traité des enfants naturels, Paris, 1811.
- ROSSEL et MENTHA. — Manuel de Droit Civil suisse, Lausanne, 1912.
- ROUAST A. — *Revue critique*, 1924.
- ROUX A. — Condition juridique des enfants naturels dans le Code Civil Allemand. *Thèse*, Paris, 1902.

- SANCHEZ ROMAN F. — Estudios de derecho civil, Madrid, 1909-1912.
- SAVATIER. — Recherche de la paternité, Paris, 1927.
- TENEKIDES G. — « La condition des enfants naturels en Grèce », d'après le décret-loi du 13 novembre 1927. *Revue de Législation comparée*, 1929.
- TOULLIER. — Le Droit civil français, suivant l'ordre du Code, Paris, 1824-1831.
- VALVERDE Y. VALVERDE. — Tratado de Derecho Civil español, Valladolid, 1920-1921-1923.
- WAHL. — La recherche de la paternité, d'après la loi de 1912. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1913.
- WEIS. — Traité théorique et pratique de Droit International Privé (8^e édition), Paris, 1920.
- ZACHARIAE. — Cours de Droit civil français, Strasbourg, 1839-1846.
-

Table des Matières

	Pages
Avant-Propos	5
Introduction	7
Historique. — L'Enfant naturel en droit romain	7
Condition de l'Enfant naturel dans la Société ...	7
L'Enfant naturel dans la Famille	8
A) Première période ou période de l'égalité :	8
Condition de l'enfant naturel à l'égard du père :	9
Recherche de la paternité	10
Condition de l'enfant naturel à l'égard de la mère :	11
B) Deuxième période ou période de l'iné-	
galité.	11
Condition de l'enfant naturel à l'égard du père ..	12
Puissance paternelle	14
Obligation alimentaire	14
La tutelle	15
Condition de l'enfant naturel à l'égard de la mère :	16
1° Femme illustre	16
2° Concubine non illustre	17
Obligation alimentaire	17
La tutelle	17
L'Enfant naturel en Droit canonique	17
Définition de l'Enfant naturel	19
1° Système conceptif	19
2° Système mixte ou concepto-natif	21

	Pages
3° Système de l'imputation	22
Epoque de la conception des Enfants illégitimes	23
Classification des Enfants naturels	28
1° Enfants naturels simples	28
2° Enfants naturels adultérins	28
3° Enfants incestueux	28
4 °Enfants adultérins-incestueux	29
5° Enfants sacrilèges (sacrilegos)	29

Première Partie

Détermination de la filiation naturelle. — Généralités :	31
Titre Premier. — De la reconnaissance volontaire	35
Chapitre Premier. — Caractéristiques	35
Section I. — Acte formel	35
§ 1. — De l'authenticité en droit français	35
§ 2. — Formalités de la reconnaissance en droit étranger	42
Testaments ordinaires	42
1° Testament olographe	43
2° Le testament ouvert	43
3° Le testament fermé	45
Le testament ouvert ou nuncupatif	45
Testaments spéciaux	46
Le Code civil suisse	47
Droit international	54
Section II. — Du caractère personnel de la recon- naissance	54
Droit international privé	61
Appendice. — De la participation de l'enfant à la recon- naissance	62
De l'approbation judiciaire	62

	Pages
Section III. — Caractère déclaratif de la reconnaissance	63
a) Rétroactivité	63
b) Irrévocabilité	67
Chapitre II. — Epoque de la Reconnaissance	73
a) Enfant conçu	73
b) Reconnaissance d'un enfant mort-né	76
c) Reconnaissance d'un enfant décédé	77
Chapitre III. — Capacité pour reconnaître	81
a) La femme mariée	81
b) Le mineur	84
c) L'interdit	88
d) Personnes placées sous Conseil pour cause de faiblesse d'esprit	89
Droit international	89
Chapitre IV. — Caractère restrictif de la reconnais- sance volontaire. — Restriction de l'article 337 :	92
La raison d'être	92
1° Quelle soit faite pendant le mariage	93
2° L'enfant reconnu pendant le mariage par l'un des époux doit être né d'un autre que de son époux	96
Assiette de la restriction	99
Chapitre V. — Contestation de la reconnaissance vo- lontaire	104
1° La reconnaissance mensongère	104
2° Défaut de forme ou de compétence	105
Droit international	112
Chapitre VI. — De la reconnaissance en droit allemand	113
Chapitre VII. — Reconnaissance tacite volontaire	117
Droit international	125

	Pages
Titre II. — Reconnaissance forcée	127
Chapitre I — La recherche de la Maternité	129
1° Preuve de l'accouchement	130
2° Preuve de l'identité	131
Section I. — Qui peut intenter l'action en recherche de la maternité	139
Section II. — Quand l'action en recherche de la mater- nité doit-elle être exercée. Sujet passif de l'action :	142
Chapitre II. — Recherche de la Paternité	144
Section I. — Législation admettant le principe de l'in- terdiction de la recherche de la paternité	144
§ 1. — Cas suffisants par eux-mêmes à déclarer la paternité naturelle	144
a) Promesse de mariage	147
b) Actes criminels	149
Viol et enlèvement	149
c) Abus d'autorité	151
§ 2. — Cas insuffisants par eux-mêmes à établir la pa- ternité naturelle ou cas d'admissibilité de la recher- che de la paternité	152
a) Cas commun aux législations française, vénézué- lienne et brésilienne	154
L'enlèvement	154
b) Cas commun aux législations française et véné- zuélienne	158
Viol	160
c) Cas commun aux législations française et bré- silienne	160
a) Aveu	160
b) Concubinage	164

	Pages
d) Cas spéciaux à la législation française	166
a) Séduction dolosive	166
β) Aveu tacite ou possession d'état	170
Section II. — Législations admettant la libre recherche de la paternité engendrant seulement des consé- quences alimentaires	174
§ I. — Fondement juridique de la dette alimentaire ..	175
a) Théorie du délit ou deliktstheorie	175
b) Théorie de la possibilité de la paternité ou théo- rie de Windscheid	176
c) Théorie du risque de la paternité ou théorie de Gimmerthal	176
d) Théorie de l'acte de la procréation (die théorie der thatsache der zeugun)	177
e) Théorie de la parenté ou de la paternité (die verwandtschafts oder vaterschafts théorie) ..	177
§ 2. — De l'obligation alimentaire	178
a) Sûretés	178
b) Durée de la pension alimentaire	181
c) Etendue matérielle de l'obligation	182
d) Mode de détermination de la pension alimen- taire	183
e) Sujet passif de l'obligation alimentaire	183
f) Transmission passive de l'obligation alimentaire :	184
g) Sujet actif de l'obligation alimentaire	185
h) Transmission active de la pension alimentaire :	186
j) Modification de l'obligation alimentaire	187
k) Transaction sur l'obligation alimentaire	189
l) Prescription de l'obligation alimentaire	190
m) Extinction de l'obligation alimentaire	190
§ 3. — Obligation alimentaire extraordinaire	191

	Pages
Section II. — De l'action en recherche de la paternité :	194
§ 1. — A qui appartient l'action en recherche de la paternité. — Sa transmission active	194
Transmission active de l'action en recherche de la paternité	200
§ 2. — Contre qui intenter l'action en recherche de la paternité. — Sa transmission passive	203
§ 3. — Quand doit-on intenter l'action. — A quel moment s'ouvre l'action en recherche de la paternité :	206
A quel moment s'ouvre l'action en recherche de la paternité	207
§ 4. — Non renonciation à l'action en recherche de la paternité	215
Section III. — Fins de non recevoir ou moyens défensifs du père	217
§ 1. — Fins de non recevoir de la paternité avec conséquences d'état-civil	217
a) Incertitude de la paternité	217
b) Certitude de non paternité	222
α) Eloignement	223
β) Accident	224
§ 2. — Fins de non recevoir de la paternité engendrant seulement des conséquences alimentaires	227
a) Incertitude de la paternité	227
b) Certitude de non paternité	230
Section IV. — Rejet de la demande. — Sanctions	231
Section VI. — Autorité du jugement déclarant la paternité	232
Section VI. — De la rétroactivité de la loi de 1912 ..	234

	Pages
Section VII. — Droit international	237
Section VIII. — Aperçu critique de la recherche de la paternité	240

Deuxième Partie

Effets de la filiation naturelle établie	247
Titre Premier. — Effets dûs à la minorité de l'enfant naturel	247
Chapitre Premier. — Domicile	247
Chapitre II. — Protection de la personne et des biens de l'enfant naturel	250
Section I. — Puissance paternelle	251
§ 1. — Attribution de la puissance paternelle aux parents naturels	252
a) Prééminence du père	253
b) Prééminence de la mère	253
c) Prééminence du premier parent qui a reconnu l'enfant	255
d) Prééminence de l'intérêt de l'enfant	255
e) Prééminence de l'auteur de la reconnaissance volontaire	256
§ 2. — Attributs de la puissance paternelle	257
A) Quant à la personne de l'enfant	258
a) Droits dévolus aux père et mère naturels :	
A) Droit au respect et à l'obéissance	258
B) Droit de garde	258
Γ Droit de correction	259
Δ) Droits de consentir à l'émancipation et à l'adoption	260
E) Droit de consentir au mariage	261

	Pages
z) Droit de nommer un tuteur à l'enfant	261
b) Droits dévolus aux ascendants autres que le père et la mère	262
B) Quant aux biens de l'enfant	262
a) Jouissance légale	262
b) Droit d'administration légale	264
Section II. — Tutelle	266
§ I. — Causes d'ouverture de la tutelle	266
§ 2. — Diverses espèces de tutelle	268
a) Tutelle testamentaire	268
b) Tutelle légale	269
c) Tutelle dative	272
§ 3. — Organes de la tutelle	272
a) Tuteur	273
b) Subrogé tuteur	273
c) Tribunal	274
Titre II. — Effets indépendants de l'âge de l'enfant ..	278
Chapitre Premier. — Nom	278
Chapitre II. — Obligation alimentaire	283
Section I. — Législations qui ne font pas de distinction entre la paternité et la maternité (France, Espagne, Suisse et Brésil)	283
Section II. — Législations qui font une distinction entre la paternité et la maternité (Allemagne et Véné- zuéla)	286
§ I. — A l'égard de la mère	286
§ II. — A l'égard du père	287
Chapitre III. — Des successions	289
Section I. — Succession Ab-Intestat	289

	Pages
§ I. — Droit de succession de l'enfant naturel	289
A) Législation admettant l'égalité des droits successoraux de l'enfant naturel dans les deux successions, paternelle et maternelle (France, Espagne, Brésil)	290
a) Concours de l'enfant naturel avec des descendants légitimes	291
b) Concours avec des ascendants et des collatéraux privilégiés	297
c) Devant des collatéraux ordinaires	298
d) En concours avec le conjoint survivant	298
α) Concours d'enfants légitimes issus du mariage et d'enfants naturels	300
β) Concours d'enfants légitimes d'un premier lit et d'enfants naturels	301
γ) Concours d'enfants légitimes de deux lits et d'enfants naturels	303
e) Droits successoraux de l'enfant naturel comme frère	303
B) Législations qui traitent l'enfant naturel à l'égard de sa mère autrement qu'à l'égard de son père (Suisse, Allemagne, Vénézuéla)	306
a) Succession aux biens de la mère	306
b) Succession aux biens du père	307
α) Concours d'enfants naturels avec des ascendants légitimes ou naturels et avec le conjoint survivant	310
β) Concours d'enfants naturels avec les ascendants seulement	310
γ) Concours avec le conjoint survivant seulement :	311
δ) Concours avec des collatéraux privilégiés	311

	Pages
§ II. — Succession de l'enfant naturel	311
A) Législations qui ne font pas de distinction à cet égard entre la maternité et la paternité (France, Espagne et Brésil)	311
B) Législations qui font une distinction entre les droits maternels et paternels	313
a) A l'égard de la mère	313
b) A l'égard du père	313
Section II. — De la réserve. — Généralités	315
§ I. — De la réserve de l'enfant naturel	316
a) Concours avec descendants légitimes	317
1) Concours d'un enfant légitime et d'un enfant naturel	322
2) Concours de plusieurs enfants légitimes (no mejorados) avec plusieurs enfants naturels ..	323
3) Concours d'enfants légitimes « mejorados » avec la totalité du tiers; d'enfants légitimes « no mejorados »; d'enfants naturels, et de légataire à titre particulier	325
4) Concours d'enfants légitimes mejorados partiel- lement, d'enfants légitimes no mejorados et d'enfant naturel	327
b) Concours avec ascendants légitimes	331
c) Concours avec le conjoint survivant	334
a) Concours de l'enfant naturel avec le conjoint survivant seulement	334
b) Concours de descendants légitimes, d'enfants naturels et du conjoint survivant	336
1) Concours d'enfants naturels ou de leurs descen- dants légitimes avec un enfant légitime et avec	

	Pages
le conjoint survivant	337
2) Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes, d'enfants légitimes ayant reçu la totalité de la mejora et du conjoint survivant	338
3) Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes avec des enfants légitimes ayant reçu une partie de la mejora et le conjoint survivant	338
4) Concours d'enfants naturels ou de leurs descendants légitimes, avec des enfants légitimes de lits différents et le conjoint survivant	339
5) Concours des descendants légitimes d'enfants naturels avec des descendants légitimes d'enfants légitimes no mejorados	341
6) Concours d'enfant naturel avec descendants légitimes ayant reçu une partie de la mejora ..	342
γ) Concours avec des ascendants légitimes et le conojint survivant	344
δ) Concours avec des collatéraux privilégiés	344
e) Concours avec des collatéraux ordinaires	345
Section III. — Réserve passive	345
Réserve des ascendants	345
Section IV. — Incapacité de recevoir de l'enfant naturel	349
Donations entre vifs	349
Legs	350
Section V. — Nature juridique de la restriction de l'article 908. — Sa sanction	352

	Pagea
Section VI. — Possibilité d'éliminer l'enfant naturel de	
la succession	353
Droit international	356
Conclusion	357
Bibliographie	363
